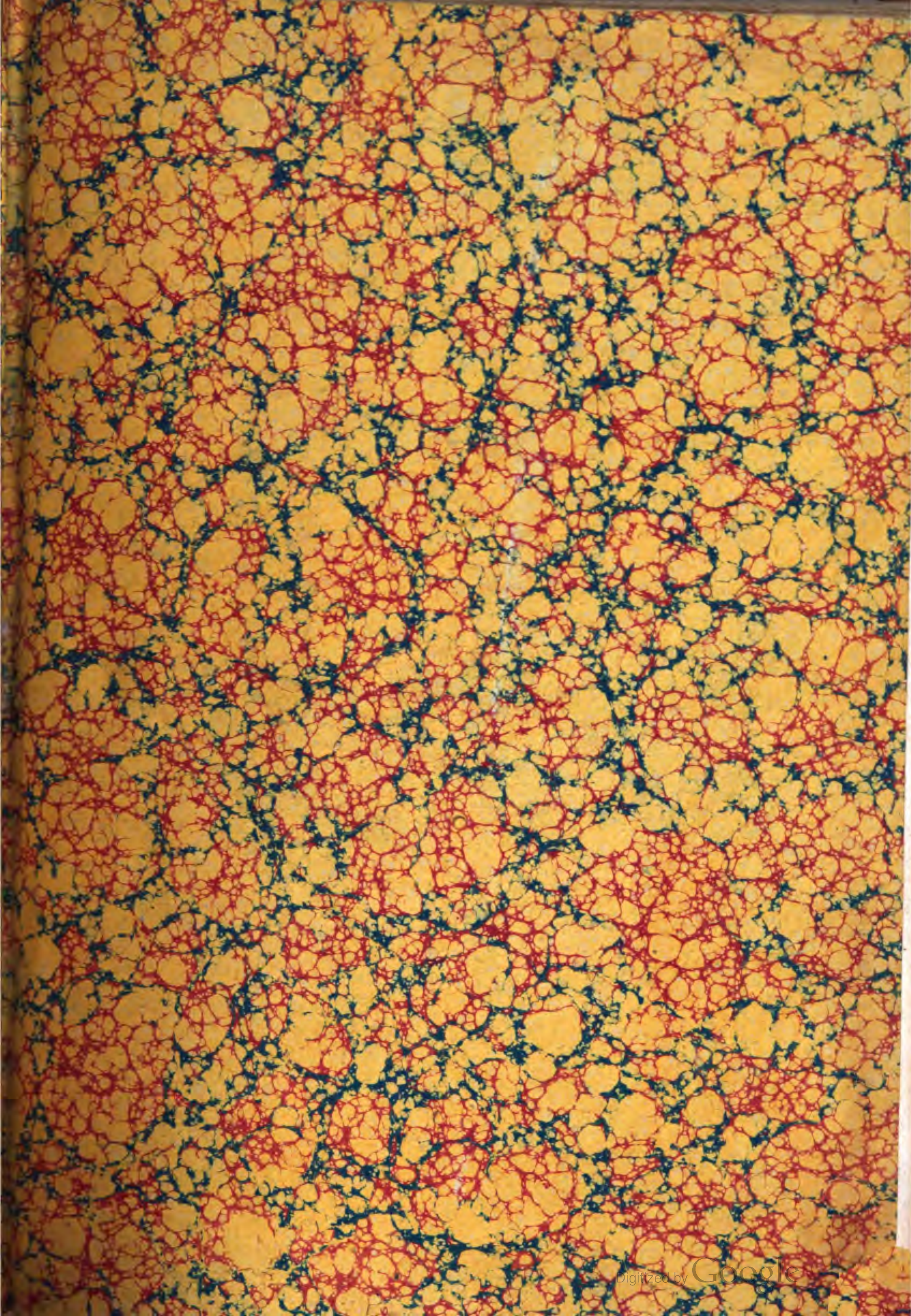






ELEMENTOS

DEL

DERECHO ROMANO

SEGUN EL ORDEN

DE LAS INSTITUCIONES.

Por J. Heinecio.

AÑADIDOS AL FIN DE CADA PÁGINA CON LAS *OBSERVACIONES TEÓRICO-PRÁCTICAS DEL MISMO AUTOR* SOBRE CADA UNO DE LOS PÁRRAFOS EN DICHOS ELEMENTOS CONTENIDOS; ILUSTRADOS CON NUMEROSAS NOTAS, ADICIONES Y ENMIENDAS TOMADAS DE *ESTORIO*, *CUJACIO*, *GODOFREDO*, *GUNDLING*, *ULRICO HUBERO*, *MARCELO*, *NOODT*, *VINIO*, *OTON*, *PUFFENDORF*, *SCHULTING*, *THEOFILO*, *MERILLO*, *ULPIANO*, Y DE OTROS CÉLEBRES ESCRITORES Y JURISCONSULTOS.

OBRA TRADUCIDA DEL LATIN AL CASTELLANO

y nuevamente adicionada, anotada y corregida con arreglo á los progresos y descubrimientos modernos hechos en la ciencia, y en vista de las principales obras de los mejores escritores y jurisconsultos franceses y alemanes, é ilustrada con un apéndice comparativo de los principios del Derecho Romano y Español, y de sus principales diferencias.

POR DON JOSE VICENTE,

ABOGADO DE LOS TRIBUNALES DEL REINO.

Madrid:

Imprenta de Don Pedro Sanz y Sanz, 1842.

Se hallará en su libreria, Calle de Carretas, y las Recitaciones *del mismo autor,* traducidas por *Collantes*, tercera edicion.

Esplicacion de las abreviaturas y referencias.

Los números cerrados entre paréntesis sirven para indicar el párrafo á que se refiere la materia de que se trata. El asterisco al final de las notas indica las que forman parte de las *Observaciones* de Heinecio. Las iniciales *e. t.* significan *este título*; las *F. R. fundacion de Roma.*

PROLOGO.

Inútil creo detenerme en demostrar el mérito que encierran y la preferencia con que son miradas para la enseñanza elemental del Derecho romano las obras del célebre jurisconsulto Heinecio, cuando tan profusamente se han difundido por toda Europa, asignándose muchas de ellas por testo en sus principales universidades.

Los Elementos del Derecho civil romano que este afamado jurisconsulto formó, siguiendo el orden de las Instituciones, fijaron desde luego muy particularmente la atencion pública, por la claridad y precision con que estan escritos, y por la rigurosa lógica del método en ellos adoptado. En cada uno de sus títulos se espone primeramente la definicion, etimología y esplicacion de la materia ó punto que les sirve de epígrafe: fíjanse en seguida los axiomas ó proposiciones que de aquella materia se deducen; los corolarios ó consecuencias que de dichos axiomas resultan, y finalmente suelen añadirse algunos escolios para la mayor ilustracion de las dificultades que se ofrecen, y para marcar las diferencias entre el Derecho antiguo y el moderno.

Entre las numerosas impresiones que se han dado á luz de tan importante obra, ya siguiendo su solo testo, ya ilustrándolo con utilísimas adiciones, notas y enmiendas escritas por profesores inteligentes, la edicion cuya traduccion se me ha encargado, publicada en Italia á fines del último siglo, goza de particular concepto, por comprender, no solamente las notas y adiciones mas útiles é interesantes de las publicadas hasta entonces, sino por haberse incluido en ella al pie de cada página la no menos célebre obra de Heinecio, titulada: *Dictata ad Elementa juris civilis, secundùm ordinem Institutionum*; obra en que se propuso aclarar los puntos de sus Elementos que adolecian de oscuridad, interpretar los dudosos, distinguir los que se ofrecian ambigüedad, y fijar reglas precisas, á la par que fecundas en consecuencias, que facilitan en sumo grado la inteligencia y el estudio del derecho.

En la traduccion al castellano de estos Elementos, me he tomado la libertad de suprimir algunas observaciones, especialmente las que versan sobre el derecho aleman, por parecerme demasiado nimias y de poca utilidad, y al paso que en el testo y en parte de las notas he seguido casi á la letra el original, por exigirlo así la mayor esactitud y correlacion de las ideas, en otras he vertido libremente su espíritu, atreviéndome á ampliarlas, y á traducir las leyes que en ellas se citaban, con el objeto de darles la claridad necesaria que estaban muy lejos de presentar.

Las voces peculiares de la lengua latina, que carecen de correspon-

dencia propia en nuestro idioma, se hallan copiadas á continuacion de las palabras y frases de que me he valido para su esplicacion; algunas de las cuales, si bien no se leen en nuestros diccionarios, se encuentran usadas en todas las obras jurídicas. Solamente de esta suerte podia conseguirse el doble objeto de conservar toda la fuerza y propiedad del testo y de dar una idea en castellano de su significacion.

Estoy muy lejos de sentir la arrogancia de haber llenado cumplidamente el dificilísimo y penoso cargo de trasladar con toda fidelidad el espíritu y fuerza del original, y el estilo sentencioso y conciso de las varias notas de tantos y tan diversos escritores como han concurrido á ilustrarlo con sus obras; mucho menos cuando tengo la íntima persuacion, de que las traducciones, especialmente las del latin, aunque se ejecuten por las mas ejercitadas plumas, sin ningun género de premura y con la mayor tranquilidad de espíritu, no son ni pueden ser, segun la espresion de Cervantes, mas que *tapices mirados al reves.* Unicamente anhelo poder lisonjearme de haber facilitado á los jóvenes poco versados en el idioma del Lacio la inteligencia del testo que siempre deberán tener á la vista.

Los progresos hechos en la ciencia del derecho en estos últimos tiempos, en que la luz de la filosofía ha penetrado por todas partes, en que tanto se ha desarrollado el elemento histórico, y en que el descubrimiento de manuscritos interesantes ha venido á derramar nueva claridad sobre importantes puntos de la legislacion romana, no podian pasar desapercibidos á la vista de quien tomara la pluma para trazar una obra de Derecho, si quier fuese hija del entendimiento propio ó del ageno. En su consecuencia, he anotado la resolucion de algunas de las principales cuestiones, y he esplicado las materias que mas oscuridad ofrecian, tanto de las pertenecientes á la historia, á las antigüedades como á las instituciones: para ello me he servido de las últimamente publicadas en Francia y Alemania, por ser en donde mas fruto se ha reportado de las causas y elementos referidos. Hubiera anhelado emplear con mas profusion los ricos y abundantes materiales que se presentaban á mi vista; pero ni la naturaleza de la obra, ya demasiado recargada de notas y adiciones, ni los empeños contraidos han permitido secundar mis deseos, teniendo que contentarme con aplazar su realizacion para mas adelante.

Finalmente, he juzgado sumamente útil y oportuno sustituir las diferencias y alteraciones introducidas en el derecho aleman que marca el autor en los párrafos finales de cada título, con las que en nuestro derecho se establecen; porque ademas de conservarse la numeracion de los párrafos para que se puedan evacuar en esta traduccion las citas que en las demas obras se encuentren referentes á los Elementos de Heinecio, adquiere por este medio la obra una índole mas española, y los jóvenes legistas iniciándose en los principios peculiares de nuestra legislacion, se preparan facilmente para entrar en el estudio profundo de nuestro derecho.

INDICE.

LIBRO TERCERO.

LIBRO CUARTO.

ELEMENTOS

DEL

DERECHO ROMANO

SEGUN EL ORDEN

DE LAS INSTITUCIONES.

INTRODUCCION.

§. 1. La legislacion romana llegó á aumentarse tan monstruosamente, que segun Liv. *lib.* 3. *cap.* 34., era un *cúmulo inmenso de multitud de leyes*, y segun Eunapio, *carga de muchos camellos*. Vit. Ædesp. *pag.* 92. De suerte que parecia imposible compilar en un solo cuerpo tantos volúmenes de tantas y tan dispersas leyes. *Const. tanta pr. y* §. 1. *de Confirm. Digest.*

2. Sin embargo, aunque no produjeron resultado alguno la enfluencia de Ciceron, los deseos de Pompeyo, ni los proyectos de Julio César (*Gellio lib.* 1. *cap.* 22. *Isidor. Orig. lib.* 4. *cap.* 1. *y Suetonio, Jul. cap.* 44.), el emperador Flavio Justiniano, mas afortunado que todos, promulgó en el siglo sesto el codigo inmortal que lleva su nombre.

3. Este príncipe, natural de Illiria, descendiente de un oscuro lina-

---

§. 2. *Julio César*) Dúdase si Pompeyo trató de formar un cuerpo de derecho, pues nada mencionan acerca de esto los escritores antiguos. Con respecto á Julio César se esplica asi Suetonio: *resolvió redactar en cierta forma el derecho civil y comprender en muy pocos libros lo mas selecto y necesario de la inmensa multitud de leyes que se hallaban dispersas.*

El emperador) No somos de la opinion de Hubero, que juzga que se hubiera hecho mas servicios á la jurisprudencia, á haber formado el cuerpo del derecho Cayo César ó Ciceron; pues si bien hubieramos tenido un código formado con mas elegancia no hubiera sido tan útil y acomodado á nuestras costumbres, porque en aquellos tiempos aun se observaba el derecho antiguo. Véase Cornel. Van Bynkeshoek. *Prætermiss. ad l. 2. d. de orig. jur.* donde demuestra que Ciceron sobresalió poco en la jurisprudencia, aunque V. A. Schultingio quiere hacer ver lo contrario en su singular oracion de *jurisprudentia M. T. Ciceronis.*

je, fue adoptado por hijo por su tio el emperador Justino, ascendiendo en el año 527 de la era cristiana al imperio de Oriente, cuyo trono ocupó por espacio de cerca de cuarenta años. Aunque no estuvo exento de algunos vicios (como nota Procopio con demasiada acrimonía en su obra titulada *Anécdota*), no fue tan depravado en sus costumbres ni tan ignorante en las letras y en el derecho como le suponen algunos, segun un pasage de Suida, y confundiéndole con su tio Justino (*).

(*) Procop. *Gothic. lib.* 3., dice que Justiniano pensaba mas en ejercer el mando que en mirar por el interes del estado. Theodato y Vitiges *apud Casiodor. Var. lib.* 10. *epist.* 9. 22. y 31. ensalzan su instruccion y sabiduria: Baron. opone á Suida los testimonios de los pontífices Vigilio y Eustachio. *Anal. eclesiast.* año 528.

4. Durante su imperio, con el poder de sus ejércitos recuperó los lugares que habian invadido los persas (Procop. *in Pers. lib.* 2. *cap.* 19. *Agath. lib.* 4.), reconquistó el Africa, se apoderó del rey de los vándalos Gelimero (*Procopio. Vandal.* 2. *cap.* 3.), y venciendo á Vitiza y Totila recobró la Sicilia, destruyendo en Italia el imperio de los godos (*Procop. Goth. lib.* 4. *cap.* 32). (*) De cuyas victorias hace mencion el mismo emperador en el §. 1. del proemio de las *Inst. lib.* 1. *pr. y l.* 2. *pr. c. de offic. præf. præt. Afric.*

(*) Por esto se aplica Justiniano en el proemio de sus Instituciones los sobrenombres de *Gótico*, *Vandálico* y *Africano*. Tambien tomó el nombre de *Alánico* por haber lanzado de Lusitania á los alanos juntamente con los vándalos, á cuyo rey Gunderico se habian sujetado, año 418 de J. C. *Idat. Chron.* del mismo año. Apellidóse tambien *Antico*; pero *Ez. Spanhem. de usu et præst. numism. Dis.* 12. §. 12. *pag.* 544. *tom.* 2. opina, que debe leerse en lugar de este nombre, *Póntico*, título que se atribuyó por haber vencido á los lazos, abasgos y tsanos en el Ponto Euxino, como asimismo el de *Lácico*, segun la *Nov.* 43. Sin embargo, no es muy atendible esta opinion supuesto que los anteos fueron un pueblo que esparció el terror en tiempo de Justiniano, y que el emperador Mauricio se nombró posteriormente *Antico*. (Véase pues probada la esactitud del testo en Brisson. *de verbor. quæ ad jus pertin. signif.*) Finalmente, se apellidó *Alemánico*, *Germánico* y *Franco* no obstante no haber vencido á estos pueblos; por cuya razon se indigna Teodoberto, rey de los francos, de que use Justiniano de aquel título. *Agath. lib.* 1. *pag.* 15. Tomó aquellos nombres Justiniano por haber derrotado á los godos, á quienes aquellos pueblos pagaban tributos.

5. Pero lo que mas inmortalizó su imperio fue la formacion de sus códigos. Primeramente mandó, valiéndose de Triboniano y de otros célebres jurisconsultos, que de las mejores constituciones de los príncipes, desde Adriano hasta su tiempo, compiladas en los códigos Gre-

---

3. *Adoptado*) Asi lo afirman escritores que florecieron despues de aquella época, y como guardan silencio sobre el particular los contemporáneos, y los argumentos que contra esta opinion se presentan nada prueben, creemos justo seguirla.

Como dice Procopio) El mismo Procopio alaba la grandeza de alma, buen corazon é interés por el estado de Justiniano, y refiere que ejecutó varios actos en beneficio de la república; de donde resultó gran discordia entre los escritores.

5. Llamábanse códices los libros cuadrados todo escrito en papel, pergamino ú otra materia plegado en forma de libro y compuesto de muchas páginas colocadas unas sobre otras, y principalmente se dió este nombre á los libros que contenian las consti-

goriano, Hermogeniano y Teodosiano, se formase un nuevo código (*) que se publicó bajo el nombre de Código justiniáneo el 7 de abril de 529. *Const. summa. reip.* §. 3. 4. y 5. de *Justin. Cod. confirm.*

(*) Por lo que propiamente se ha llamado este código Colecciones de las principales constituciones.

6. Al siguiente año mandó á Triboniano que al frente de 17 jurisconsultos compilase los escritos de los antiguos jurisconsultos (que ascendian á 2000 volúmenes y contenian trescientos mil versículos, *l. 2. §. 1. c. de vet. jur. enucl.*) (*) A esta compilacion se dió el nombre de Digesto ó Pandectas, y se publicó en 16 de diciembre de 533., *l. 2. c. de vet. jur. enucl. Paull. Diac. lib. 1. cap. 25.*

(*) Sin embargo, no se entienda que las Pandectas se formaron de los escritos de los jurisconsultos antiguos, sino principalmente de aquellos que florecieron en tiempo de Adriano, tales como Salvio Juliano, Papiniano, Ulpiano, Paulo, Marcelo y otros; pues se varió de tal manera la jurisprudencia antigua desde los tiempos de Adriano, por el edicto perpétuo que publicó este emperador y por las constituciones de los príncipes, que ninguna utilidad hubiera resultado á la república de compilar los escritos de P. Mucio Scévola, de Manilio ó de Bruto, que escribieron en tiempo de la república libre. (Véase Dodwel. *Prælect. Cambden.* 8. *pag.* 319.) Adviértase, y sea dicho de paso, que en el §. 3. *Inst.* en que se trata de la sucesion legítima de los agnados, se hace mencion de jurisprudencia media y nueva, oponiéndose esta á aquella. La *media* se debe contar desde el tiempo en que se mandó por la ley Cornelia á los pretores que juzgasen segun los edictos perpétuos, esto es, desde el año 585; y la *nueva* desde los tiempos de Adriano. La anterior á esta época pertenece á la jurisprudencia *antigua. Hist. edict. et edict. perpetui. lib. 2. cap. 1. y 2.*

---

tuciones de los emperadores. V. *Schultingio. Jurisp. vetus et Ante-Justinianeo*, página 377 y 683. *

Teodosiano) El código Gregoriano se conjetura que contenia las constituciones de los emperadores desde Adriano hasta Diocleciano y Maximiano. El Hermogeniano parece que comprendió tambien varios rescriptos de los príncipes hasta el año 312 de J. C., que se habian omitido en el Gregoriano. Ambos se publicaron en el año 438 de J. C. El emperador Teodosio el Joven dió un nuevo código, que se llamó código Teodosiano, en el que comprendió diez y siete constituciones de los emperadores desde Constantino el Grande hasta su tiempo. Jac. Gothof. *Prolegom. ad Codic. Theod. cap. 1. y sig.* Schulting. *ad Fragm. Cod. Gregor. al princ.* Heinecc. *Antiq. Rom. præm. n. 18. y siguientes.*

6. *Digesto*) El título de Pandectas que se compone de un nombre griego que quiere decir *todo* y de un verbo tambien griego que significa *contener* ó recibir, indica una coleccion general, un trabajo completo sobre toda la legislacion. Autores de nota controvierten acerca del género que tiene esta palabra griega: lo cierto es que es masculina, aunque generalmente digamos Pandectas en género femenino, como el mismo autor observó en sus Recit. *proem.* §. 6. *n.* 2. La palabra Digesto viene segun la etimologia latina del verbo *digerere*, y significa obras metódicas que contienen las materias clasificadas y puestas en orden. Véanse las tres constituciones *C. de vet. jur. enucl.*

Digesto) Henr. Dodvelo, *Dissert. Cambden.* dice que no hay fragmento alguno en el Digesto anterior al tiempo de Adriano; lo que no es esacto, pues tenemos tres fragmentos de Q. Mucio, Alfeno Varo y S. Elio, jurisconsultos que florecieron antes de Adriano. *

**Ley Cornelia*) La ley Cornelia, de los edictos perpétuos ó de la jurisdiccion de los pretores, se dió en el año de la F. R. 686, por Cayo Cornelio Sulla, tribuno de la plebe, C. Calpurnio Pison y M. Acilio, cónsules. Ascon. en los *Argum. de la orat. de Cic. pro C. Cornelio.*

*

7. Aun no se habian formado las Pandectas cuando publicó Justiniano en el año 530, siendo cónsules Lampadio y Orestes, cincuenta decisiones, con el objeto de aclarar varios puntos de derecho que habian quedado indecisos entre las diferentes sectas de jurisconsultos (*) (*l. penult. c. necess. serv. her. inst.*). Para esta obra se valió tambien de Triboniano, quien se jacta de ello en el §. 3. *Inst. de libert.* Estas decisiones fueron incluidas en el código *repetitæ prælectionis*, y reunidas é ilustradas con estensos comentarios por *Em. Merillo y Jo. Strauquio.*

(*) Dieron origen á estas sectas los dos célebres jurisconsultos Labeon y Capiton. *L.* 2. §. 7. *D. de orig. jur.* Sus discípulos formaron dos sectas que tuvieron gefes y nombres particulares. Los de Capiton fueron llamados Sabinianos y Casianos, de sus gefes Sabino y C. Casio Longino; Nerva Proculo y Pegaso, discípulos de Labeon, dieron su nombre á los Proculeyanos y Pegasianos, partidarios de Labeon, *d. l.* 2. §. 47. *D. de orig. jur.* Véanse las Pandectas. *Part.* 1. §. 85. *y sig.*

8. Por el mismo tiempo encargó á los jurisconsultos Triboniano, Doroteo y Teófilo que formasen de los manuales de los antiguos jurisconsultos las Instituciones, esto es, unos elementos de todo el derecho. §. 3. 4. y 6. *Inst. procem.*

9. No obstante haber sido formadas las Instituciones despues que las Pandectas, se publicaron antes, á saber, el 21 de noviembre de 533, durante el tercer consulado de Justiniano; pero este emperador les dió fuerza de ley al mismo tiempo que á las Pandentas el 30 de diciembre de 533. (§. 6. *procem. l.* 2. §. 29. *c. de vet. jur. enucl.*)

10. A poco de haberse publicado las Pandectas y las Instituciones, conociendo Justiniano que el Código se contrariaba en muchos puntos por las Pandectas, mandó que se revisase, reformara y adicionase, haciéndose una nueva edicion del Código con el nombre Código *repetitæ prælectionis*, el cual se publicó el 16 de noviembre de 534; y quedó desde entonces abolido el Justiniáueo. (*) *V. Const. Cordi nobis* §. 3. 4. 5. 6. *de emend. Cod. Justin.*

(*) Adviértase pues, que muchas veces se elogian en las Instituciones constituciones del código antiguo que no se encuentran en el nuevo. Véanse, §. 20. y 29. *Inst. de legat.* §. 7. de la sucesion legítima de los agnados, *pr.* de la posesion de bienes, §. 24. y 33. de las acciones.

11. A esta compilacion se siguieron varias constituciones nuevas ó novelas, la mayor parte de las cuales fueron escritas en griego (*), *Agoth. lib.* 5. *pag.* 145. Jo. Malala, *pag.* 165.

(*) Hemos dicho que la mayor parte, pues las demas fueron publicadas en latin.

---

7. *Decisiones*) Hállanse en el código muchas mas de cincuenta constituciones de este género, á causa de haberse dividido por Justiniano muchas veces una decision en dos ó tres partes que se han colocado en diversos títulos. V. Meril. *Comment. ad L. Decision. prolegom. cap.* 3. *y la Histor. jur. lib.* 1. §. 395. *

* *Sectas*) V. Gothof. Mascovio *Comment. de Sectis Sabinianorum et Proculejanorum.* *

11. *En latin*) Y algunas en ambas lenguas. *Præfat. Nov.* 17. *d. Nov.* 66. *cap* 1. §. 2.

(V. *Nov.* 46. *cap.* 1. §. 2.), como las 9. 11. 23. 42. 143. y 150., aunque se hallan en ellas algunos grecismos, Jo. Frid. Homberck, *prefac. nov. vers. Novell.*, lo que no es raro que sucediese, escribiéndose en Constantinopla y en un tiempo en que solo se usaba en Oriente la lengua griega.

12. Las novelas que hoy existen con el nombre de *nueve colaciones* fueron coleccionadas antes del pontífice Gregor. M. y poco despues del tiempo de Justiniano, por un hombre desconocido que las tradujo en estilo bárbaro (*Cujac. Observ. lib.* 8. *cap.* 40): esta version á pesar de sus defectos es la única que se tiene por auténtica y que fue recibida en el foro. Publicaron el testo griego Haloandro Scrimgero, Lud. Rufardo, Henr. Agyleo y otros, é hizo una version el patricio Juliano por los años de la era cristiana 870, en propio y florido estilo, impresas por Pitheo (*), pero no fue recibida en el foro por no haberla admitido Irnerio *Guid. Pancirol. de clar. legg. interpret. lib.* 2. *cap.* 13. *p. m.* 120.

(*) Bas. 1567 y Paris 1689.

13. De estas novelas y de varias constituciones de los Federicos, emperadores de Alemania, formaron Irnerio y otros restauradores de la jurisprudencia las llamadas auténticas, esto es, unos sumarios ó compendios de las nuevas constituciones, añadidos al pie de las leyes que derogan el código, Bynkersh. *de auct. autent. c.* 3. *pag.* 14 *y sig.*

14. Ademas, Hugolino jurisconsulto de Bolonia, como manifiesta *Guid. Pancirol. de clar. legg. interpr. lib.* 2. *cap.* 16. *pag.* 130. y otros, añadió á las novelas bajo el título de décima colacion, los libros de los *Feudos*, compilados por Gerardo Nigro y Oberto de Orto cónsules de Milan á mediados del siglo XII. Por lo que, estos libros recibidos en el foro con el cuerpo del derecho obtuvieron fuerza de derecho comun feudal, sin perjuicio de las costumbres de los pueblos. *Thom. selecta. feudalia.*

15. Habiéndose pues formado insensiblemente de tantas colecciones, de tantos cuerpos el derecho justinianeo, y derogando la ley posterior á la anterior, *l. ult. D. de const. princ.*, se sigue: 1.° Que los fragmentos de los códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano, aunque de suma utilidad para interpretar el derecho, no tienen autoridad alguna en el foro, ni pueden citarse para la decision de las causas sin cometer crimen de falsedad, *l.* 2. §. 15. *c. de vet. jur. enucl.* 2.° Que las novelas derogan á todos los demas libros, porque se publicaron últimamente. 3.° Que el código deroga á la Instituta y á las Pandectas por

---

12. *Juliano*) Pero no hizo una traduccion íntegra ó literal de las Novelas, sino que las redujo á epítome, suprimiendo los prólogos y epílogos. Contiene este epítome 125 Novelas, que se dividen en dos libros. *Knorio.*

13. *Añadidos*) Los unieron los jurisconsultos con el objeto de que los que leyeren el Código hallasen á un mismo tiempo las enmiendas ó correcciones hechas por las Novelas interpretando á un tiempo mismo estas y aquel. *Hist. jur. lib.* 1. §. 420.

ser posterior á ellas. (10.) 4.º Que las Instituciones y Pandectas tienen igual autoridad, y por consiguiente, no se derogan unas á otras, puesto que adquirieron fuerza de ley á un mismo tiempo. (9.) (*)

(*) Acerca de aquellos puntos en que se contradicen, deben observarse las siguien-guientes reglas: 1.ª las Instituciones deben posponerse á las Pandectas en todo aquello que está tomado de estas. Asi la *ley* 7. §. 7. *D. de adquir. rer. dom.* se prefiere al §. 25. *Inst. de rer. divis.* 2.ª Las Pandectas ceden el lugar á las Instituciones siempre que aparece que estas hacen innovacion. Asi, el §. 7. *Inst. ex quib. caus. manum.* se prefiere á las *leyes* 9. *y* 11. *D. de manumis. vind.* V. *Huber. Præfect. ad Inst. proœm.* §. 10.

16. No pudiendo en particular hacer leyes, es claro, 5.º que las Auténticas, como que son obra de particulares, no gozan de autoridad legal sino en cuanto convienen con las Novelas, de donde fueron sacadas (*). *Ritersho Promulg. error. Irner. Wissenbach. Syll. error. Irner.*

(*) Pues en muchos casos difieren de estas. Por ejemplo, la Aut. *Bona damnatorum C. de bon. proscrip.*, la Aut. *ex caussa. C. de lib. preter. et exher.*, la Aut. *Hoc ita C. de duab. reis*, y la Aut. *hodie. C. de judic.*

17. No habiendo sido nunca gobernada por Justiniano la mayor parte de Europa en donde hoy se observa el derecho romano, pues aquel emperador gobernó en Oriente, es claro 6.º, que el derecho justiniáneo solamente obliga en cuanto está recibido. 7.º Que cada nacion prefiere á él sus leyes, estatutos y aun las costumbres pátrias. 8.º Que las novelas del emperador Leon, aunque suelan publicarse con el derecho justiniáneo, los edictos de Justiniano XIII y ciertas constituciones reformadas por Jac. Cujacio, Contio y otros varones doctos no tienen valor contra el derecho justiniáneo. (*Cuj. obs. lib.* 17. *cap.* 31.)

»Durante la dominacion romana se observó en España su legis»lacion, habiéndose formado del código Teodosiano y de las demas »partes del derecho el Breviario de Aniano en 506. Pero el Fuero Juz»go, compuesto en el siglo VII, prohibió bajo ciertas penas el uso y »alegacion de las leyes romanas. (*ll.* 8. *y* 9. *tit.* 1. *lib.* 2.) Igual »prohibicion se repitió en el Fuero Real publicado en 1285. Aunque »en el código titulado *Siete Partidas* se adoptaron en gran parte las »disposiciones del derecho romano y se incluyeron como leyes es»pañolas muchas de las romanas, este código ocupa el último lugar en

---

16. *Leyes*) Pues aunque los particulares pueden escribir leyes, no pueden hacerlas ó promulgarlas con autoridad legislatoria. Con respecto á las Auténticas se controvierte entre autores de nota sobre si se separan alguna vez de las Novelas; Pagenstechero lo niega: pero cuestiones de esta naturaleza facilmente se deciden viendo el testo.

Convienen) Escepto algunas que aunque discrepan con las Novelas prevalecieron en el foro. Pueden servir de ejemplo la *Aut. Bona damnatorum* y la *Aut. Hoc ita.* Véase V. C. Martin. *Hist. jur. c.* 8. §. 10. *Scol.* 2.

»orden de autoridad, segun la ley 1.ª del título 28. del Ordenamiento »de Alcalá, publicado en 1348 juntamente con las Partidas. Esta ley »del Ordenamiento fue ampliada por la 1.ª de las de Toro dadas en »1505, y la 1.ª de Toro inserta en la Novísima Recopilacion publica»da en 1805. Asi pues, segun se lee en el auto acordado de 4 de di»ciembre de 1713, *las leyes civiles no son en España leyes, ni deben »llamarse asi, sino sentencias de sabios, que solo pueden seguirse en »defecto de ley, y en cuanto se ayuden por el derecho natural y con»firmen el real que propiamente es el derecho comun y no el de los ro»manos, cuyas leyes, ni las demas estrañas no deben ser usadas ni »guardadas, segun dice espresamente la ley* 8. *tit* 10. *lib.* 2. *del Fuero »Juzgo.* No hay pues duda alguna en que el cuerpo del derecho ro»mano cesa de ser obligatorio; ya no se busca en él la voluntad legis»lativa de Justiniano, sino la sabiduria de cada disposicion. Las Ins»tituciones, el Digesto, el Código y las Novelas, son leyes muertas como »el código Teodosiano y las leyes de las Doce Tablas; pero la *razon »escrita,* ó hablando propiamente, la verdad de los principios, su pure»za y su enlace, tienen en el arte de lo justo é injusto una fuerza de »derecho y de doctrina que sobrevive á la ley."

LIBRO PRIMERO.

TITULO PRIMERO.

De la Justicia y del Derecho.

§. 18. El fin de todo derecho es la justicia, de la que se llaman sacerdotes los jurisconsultos (*), *l.* 1. §. 1. *D. e. t.*

(*) Llamáronse así por la emulacion que habia entre los jurisconsultos y los filósofos, especialmente entre los estóicos, en cuyos principios estaban imbuidos los antiguos jurisconsultos. Em. Meril. *obs. lib.* 1. *cap.* 8. *y sig.* Ev. Otto. *orat. de philos. Stoica. vet. Ictor.* Pues los filósofos de la antigüedad acostumbraron llamarse *obispos y únicos sacerdotes de la virtud.* Diog. Laert. proem. Merill. obs. lib. 1. cap. 11.

19. La justicia, segun los principios de la moral estóica (*), es la constante y perpétua voluntad de dar á cada uno su derecho, *pr. Inst. l.* 10. *pr. D. e. t.*

(*) Pensaron los estóicos, cuyas máximas siguieron los jurisconsultos, que toda virtud consiste en la constancia, ó en una intencion constante y perpétua, Cic. *paradox. III. cap.* 1. Sen. *epist.* 64. 120. Conf. Gerard. Noodt. *probabilit. lib.* 3. *cap.* 1.; pero en la sociedad se dice justo todo hombre que arregla sus acciones á la ley, aunque no tenga esa constante voluntad, pues en el foro á nadie se castiga por sus pensamientos, *l.* 18. *D. de pœn.*

20. Los hombres pueden exigir lo que mútuamente se deben, ó por un derecho, perfecto ó imperfecto; ó como dice Paulo en la *l.* 17. §. 3. *D. commod. vel contr.: ciertas cosas son mas bien de volun-*

---

18. *El fin*) Esto es, el fin próximo, pues el fin último del derecho es la tranquilidad interna de la república.

19. *Voluntad*) Pero no es esta la justicia objeto de la jurisprudencia, pues los legisladores no tienen otros medios para hacer observar la justicia que los premios y penas (*l.* 1. §. 1. *D. en este tit.*); con los cuales no se enmienda el interior del hombre, sino que únicamente son suficientes para refrenar la maldad, impidiendo que ponga en ejecucion sus pensamientos.

(*) *Voluntad*) Por lo cual dividen muchos la justicia en *moral* y en *civil.* Justicia *moral* es una virtud que reside en el alma, ó el hábito de dar á cada uno lo que es suyo, y *civil* es el hábito de arreglar las acciones esternas á la ley. Véanse otras divisiones en Pufendorfio, de *offic. hom. et civ. lib.* 1. *cap.* 2. §. 12. y en Grocio *de jur. bell. et pac. lib.* 2. *cap.* 23. §. 13.

20. *Pueden exigir*) Se dice que exigimos una cosa por derecho perfecto, cuando pedimos lo que se nos debe por disposicion de la ley, de suerte que podemos obligar á otro á que nos lo dé, pues los efectos de la ley son *mandar*, *castigar y obligar*, *l.* 7. *d. de legibus.* Las obligaciones imperfectas se derivan por lo contrario de la virtud, la cual dejaria de ser tal desde que tuviera lugar la coaccion.

tad y oficio que de necesidad. Por tanto, la justicia se divide en *espletriz y atributriz.* Grocio, *lib.* 1. *de jure belli & pacis, cap.* 1. §. 8.

21. *Espletriz* es la que da á cada uno lo que se le debe por derecho perfecto; y *atributriz*, la que da lo que mas bien es de voluntad y oficio que de necesidad.

22. El que practica la justicia atributriz, *vive honestamente*: el que la espletriz, *no daña á nadie*, *y da á cada uno lo que es suyo.* De donde resultan los tres preceptos del derecho (*) de que se habla en el §. 3. *Inst.* y en la *l.* 10. §. 1. *D. e. t.*

(*) Thomas. *Not. á la Inst. e. t.* enseña el modo de conciliar estos preceptos con las virtudes cardinales de los filósofos.

23. Las otras divisiones de la justicia en *universal* y *particular*, y en *conmutativa* y *distributiva*, se reservan para el Digesto.

24. Hablando en sentido moral y no gramatical, la palabra *jus* (derecho) se deriva de *justitia* (justicia), *l.* 1. *pr. D. e. t.*, y jurisprudencia de *jus.*

25. Los antiguos definieron la jurisprudencia el *conocimiento*

---

22. *Preceptos*) Hubero y otros jurisconsultos juzgan que no se deriva todo el derecho de estos tres principios, sino que antes bien son solamente como unas sentencias elegantes. Esto no es esacto, pues no hay doctrina en derecho que no emane como de su propia fuente de alguno de estos principios. Véase la esposicion de ellos en Leibnitio, *pref. ad Codicem juris gentium diplomaticum.* Estor.

* *Cardinales*) Segun los estóicos vivir honestamente pertenece á la templanza, no dañar á nadie á la fortaleza, dar á cada uno lo que es suyo á la justicia; con respecto á la prudencia, como virtud que consiste en el entendimiento no fue atendida por los jurisconsultos. *

23. *Particular*) Justicia universal es, segun Aristóteles, el ejercicio de todas las virtudes para con los demas; y particular, la que reprime la avaricia, de suerte que en los bienes esteriores ni toma para sí mas utilidad, ni grava á otro con mas pérdida de la que conviene. Ethic. *ad Nicem. lib.* 5. *cap.* 21 Esta definicion es desechada generalmente, porque su primera especie contiene en sí á la segunda, y ademas es mas filosófica que jurídica.

Distributiva) Divídese generalmente tambien la justicia en distributiva y en conmutativa. Aquella es, la que distribuye los premios y penas observando una igualdad geométrica, esto es, una igualdad comparativa atendiendo á las cualidades de las personas: la conmutativa es la que da á cada uno lo que es suyo segun la igualdad aritmética, esto es; la qué mira á la cosa y no á las cualidades de las personas, y se observa en los contratos. Arist. *Ethic. ad Nicom. lib.* 5. *cap.* 21. Grocio esplica los defectos de estas definiciones, de *Jur. bell. et pac. lib.* 1. *cap.* 1. §. 8. y tambien Averan. *Interp. jur. lib.* 5. *cap.* 6.

24. *Gramatical*) Pues en sentido gramatical mas bien se deriva la justicia del derecho, que este de aquella: á saber, de la palabra *jus* se forma la palabra *justus*, y de *justo justicia*; asi como de *mæsto* se deriva *mæstitia.*

25. *Conocimiento*) No se crea por esto que la jurisprudencia es lo mismo que la filosofia; pues esta no reconoce otro principio para el conocimiento de las cosas mas que la recta razon, y la jurisprudencia se funda principalmente en las leyes escritas y positivas; por lo que fácilmente se deduce que no compete á la filosofia la definicion de la jurisprudencia. *

de las cosas divinas y humanas, y la ciencia de lo justo y de lo injusto, §. 1. *Inst. l.* 10. §. 1. *D. e. t.* Las primeras palabras de la definicion pertenecen á la definicion de la filosofia. Senec. *epist.* 89. *;* asi el verdadero sentido es, que la jurisprudencia es una filosofía que consiste en la ciencia de lo justo y de lo injusto (*).

(*) Antiguamente existia perpétua emulacion entre los jurisconsultos y los filósofos, que se daban este nombre por solo llevar barba y perilla; y como aquellos, segun dice Ulpiano *en la ley* 1. §. 1. *D. e. t.*, *afectaron poseer una filosofia verdadera*, no se debe estrañar que adornasen con la definicion de la filosofia la de la jurisprudencia.

26. Puede definirse con mas propiedad diciendo que es *una ciencia práctica de interpretar y aplicar bien las leyes á todos los casos que ocurran.*

27. El que interpreta las leyes, no solamente debe atender á sus palabras, sino tambien á su sentido, *l.* 17. *D. de legib.* Ciceron en el *lib.* 1. *del Orador*, *cap.* 55., llama *leguleyo* al que sabe de memoria las leyes y no las entiende.

28. La fuerza y potestad de las leyes *se deduce* de su razon ó espíritu, de suerte que si es mas estenso que sus palabras, la interpretacion se llama *estensiva; restrictiva* cuando lo es menos, y *declarativa* cuando el sentido y las palabras de la ley se estienden igualmente.

29. Interpretadas las leyes, las aplica el jurisconsulto á los casos que ocurren (26). Por eso dice Ciceron, *lib.* 1. *del Orador*, *cap.* 48, que *este debe saber las leyes y costumbres que rigen en la sociedad, para que pueda consultar, defender, aconsejar* (añádase *y juzgar*) El mismo autor en el *cap.* 45. llama *rábula* al que sin conocimientos jurídicos se lanza en el torbellino del foro, y labra su fortuna arruinando la de los demas.

---

26. *De interpretar*) La interpretacion ó pertenece al legislador, y entonces se llama auténtica, ó al juez, y entonces se dice usual, ó á los jurisconsultos, y se dice doctrinal. *

Y aplicar) Tres son las partes ó cualidades que deben adornar á un jurisconsulto: saber las leyes, interpretarlas y aplicarlas en el foro. El que sabe las leyes y no las interpreta ni las aplica es *leguleyo*; el que las sabe, las interpreta, pero ignora su aplicacion, se llama *jurisperito*; el que reune las tres cualidades se llama propiamente *jurisconsulto;* finalmente, el que las aplica, esto es, se entrega á la práctica temerariamente y á producir alli los estudios, careciendo todavia de la competente ciencia, discrecion y tino, se llama *rábula.* Véase á Tomasio *Orat. de jurisprudentiæ corpore scheleto et umbra.*

27. *Al fin*) Por lo que se dice que calumnia el derecho y que interpreta sus palabras maliciosamente el que no observa la mente de ellas, *L. penult. ad exhib.*, y que defrauda la ley el que sin ir contra sus palabras obra contra la mente de ella *L.* 29. *y* 30. *D. de legib.*

28. *Se deduce*) No debe confundirse la razon de la ley con el pretesto de la misma, pues muchas veces dan á entender los legisladores al mandar ó prohibir una cosa, una razon distinta de la que en realidad tienen, como puede verse en la célebre ley 17. *D. de stat. hom.* que ilustró Spanhemio con un singular comentario á que da el nombre de *Orbe Romano.* *

30. Consistiendo la jurisprudencia en la interpretacion y aplicacion de las leyes (26.), y como estas se refieran al *estado público* ó á los *negocios de los particulares*, es muy propia la division del derecho en *público* ó *privado*. Esto se llama tambien dos *posiciones* (*) de derecho, §. 4. *Inst. l.* 1. §. 2. *D. e. t.*

(*) *Posicion* era entre los estóicos parte ó especie. *Cujac. l.* 115. *D. de verb. significat.* En el mismo sentido usaron de esta palabra Paladio, de *re rust. lib.* 3. *tit.* 2., segun observó Car. Andr. Duker. *de Latin. Jcti. vet. pág.* 326.

31. El derecho público versa acerca del *estado y derechos de las cosas públicas* (ó sea de *las relaciones* entre gobernantes y gobernados.) El privado se *refiere á la utilidad de los particulares* (*); esto es, á lo mio y á lo tuyo, *l.* 1. §. 2. *D. c. t.*

(*) Esta division se hace atendiendo al objeto, mas no á la causa eficiente ó final, pues segun esta, el derecho privado propiamente se puede llamar público, *l.* 38. *D. de pact. l.* 8. *D. de tutel.* 29. *D. de test. tut. l.* 18. §. 1. *D. de damn. inf.*

32. Ambos derechos, asi el público como el privado (*) se consideran formados de preceptos de derecho *natural*, *de gentes y civil* §. *ult. Inst. l.* 1. §. 2. *D. e. t.* (*) de los cuales se tratará en el siguiente título.

(*) Esto es, si el derecho natural se define del modo que lo haremos en el §. 40. Pero Ulpiano, que lo juzgaba comun á los hombres y á los animales, no podia derivar el derecho público de este derecho, del cual no se advierte en los brutos ni vestigio ni sombra.

---

30. *Privado*) Algunos dividen el derecho en *sagrado*, *público y privado*; pero como el sagrado consista en el arreglo de las cosas sagradas, de los ministros del altar y del culto, está comprendido en el derecho público y no hay necesidad de hacer esta trimembre division.

(*) *O especie*) Pero no con tanta propiedad. Véase á Costa y Merill. al §. 4. *de la Inst. en este título.*

31. *Cosas públicas*) Por lo que no debe confundirse el derecho público universal, que es comun á todos los estados, y el derecho público particular que solo es propio de tal ó cual república. Diferéncianse tambien por razon de su origen; pues el derecho público universal se deriva del derecho natural y de gentes, y los particulares se deducen principalmente de las leyes fundamentales de cada imperio ó nacion. *

Las relaciones) Pues enseña cuales son los derechos de los gobernantes, cuales los de los súbditos, las relaciones antre unos y otros &c., por lo que hay tantos derechos públicos cuantas son las naciones. *

* *O final*) Pues por razon del fin, toda jurisprudencia es pública, porque se encamina á la utilidad pública; pero se diferencia en el objeto, pues el derecho público versa acerca de los negocios públicos y el particular acerca de los intereses de los particulares.

32. *Ambos*) Andan pues equivocados los que juzgan que todo derecho público se forma únicamente del civil; entre los cuales se cuenta á Mureto, *ad Inst.* §. *ult. en este título.*

TITULO II.

Del derecho natural, de gentes y civil.

33. La palabra *derecho* tiene varias acepciones, *l.* 11. *y* 12. *D. de just. et jur.*; pero aqui se toma por el conjunto de todas las leyes de un solo género. Segun sobre lo que estas versen, asi se denominará aquel.

34. Siendo las leyes *divinas* ó *humanas* el derecho es tambien *divino* ó *humano.*

35. El divino se considera promulgado ó por la recta razon ó por la sagrada Estritura. En el primer caso se llama *natural* y *de gentes;* en el segundo *positivo.* Los antiguos desechan esta distincion.

36. Ulpiano, siguiendo los principios de los estóicos (18.), define el derecho natural: *aquel que la naturaleza enseña á todos los animales*; *l.* 1. §. 3. *D. de just. et jur. pr. Inst. e. t.* Entre los estóicos vivir justamente era vivir segun la naturaleza, á la que consideraron ó comun á los hombres y á los brutos, ó propia solamente de aquellos. De la primera derivaron el *derecho natural*, y de la segunda el *de gentes* (*), *l.* 1. §. 3. y 4. *D. de just. et jur.*

(*) No es pues cierto que los estóicos creyesen á los brutos dotados de razon, antes bien nos dice lo contrario Plutarco, de *sollert. animal.* Tampoco se la atribuian los jurisconsultos. *L.* 1. §. 3. *D. si quadrup. paup. fecer. dic.* Barbeyrac al *Pufendorf. jur. nat. et gentium.* Pero no les negaban la facultad de vivir segun la naturaleza y sus leyes, y por eso decian que les era comun el derecho natural con la especie humana.

37. Decian que asi como el *derecho natural* es comun á todos los animales, asi el de *gentes* es comun solamente entre los hombres *l.* 1. §. 4. *D. e. t.* Dividieron este en *primario* y *secundario.* Los antiguos no conocieron estas palabras.

38. Se dice *primario* el que la *razon natural* (esto es la naturaleza propia de los hombres (36.) y no la comun) *estableció entre todos los hombres, y se observa igualmente entre todos*, §. 2. *Inst. e. t. l.* 1. *pr. D. de adquir. rer. dom.*

39. *Secundario* es el que *introdujeron el uso y las necesidades humanas*, §. 1. *Inst. e. t.*; ó como lo define Modestino en la *l. penult. D. de legib.*, *el que estableció la necesidad.* Por tanto, el primario es absoluto; el secundario hipotético.

---

39. *Introduccion*) Pues asi como la necesidad, segun sentir de los filósofos, fue la inventora de muchas artes, asi tambien creó muchos derechos, como puede verse en las leyes 4. y 5. *D. de just. et jur.*

Hipotético) El derecho de gentes primario es absoluto, porque se funda absolutamente en el hombre, como hombre, v. g. la religion que se debe á Dios, la inviolabilidad de los pactos. El derecho secundario es hipotético, pues no existiria sino

40. Tales fueron las ideas de los antiguos; mas nosotros que no nos adherimos ciegamente á lo que dijeron los estóicos, definimos el derecho natural: *el que el mismo Dios promulgó al género humano por medio de la recta razon. Epist. á los Rom.* II. 15.

41. Derecho de gentes es *el mismo derecho natural* (*) *aplicado á los negocios y causas de todos los hombres.* Puffendorf, *derecho nat. y de gent. lib.* 2. *cap.* 3. §. 23. (**).

(*) Algunos de los antiguos parece que admitieron esto, *l. ult. pr. l.* 14. *D. rit. nupt. l.* 19. *pr. D. de capt. et postlim. ley* 31. *pr. D. depos. l.* 84. *D. de reg. jur.* á los cuales sigue Justiniano en las palabras *del derecho natural, que se llama derecho de gentes*, §. 11. *Inst. de rer. divis.*

(**) Heinecio considera aqui el derecho de gentes ó de la especie humana como derecho privado, y por consiguiente en un sentido muy diferente de aquella parte de derecho público que se llama hoy derecho de gentes ó de nacion á nacion. (*Nota del traductor.*)

42. Derecho divino *positivo* es aquel *que ha sido promulgado por las sagradas letras y que no se conoce por sola la recta razon.* Es comun al género humano, ó peculiar á los judíos. Aquel se llama *universal;* este *particular.* Al primero se refieren los preceptos y leyes del *Génesis* IX, 6.; Lev. XVIII y XX, y otras semejantes.

43. El derecho *humano*, que tambien se llama *civil*, se define segun Cayo: *el que cada pueblo establece para su gobierno y es propio de cada nacion*, *l.* 9. *D. de just. et jur.* El derecho romano se llama tambien por escelencia derecho *civil*, asi como Roma se llamó tambien la *ciudad*, §. 2. *Inst. e. t.*

---

supusieramos ciertas necesidades ó ciertos estados de cosas. Por ejemplo, el hurto no estaria prohibido sino estuviese introducido el dominio de las cosas, la guerra no seria de derecho, sino supusieramos casos en que los hombres carecen de jueces.

41. *Aplicado*) Esto ha sido perfectamente demostrado por Budeo en sus *Elementos de Filosofia*, donde siempre que trata del derecho natural le compara con el derecho de gentes, deduciendo á entrambos de unos mismos principios. Asimismo Tomasio, Coceyo, Hercio, Ticio y Barbeyrac en las notas á Pufendorfio, establecen un derecho natural y de gentes, el cual se llama derecho natural si se aplica á los negocios é intereses de los particulares, y derecho de gentes si á los de los pueblos. No opina asi Ever. Otto al §. 1. *de la Inst. en este tit.*

(*) *Al fin*) Añádase á las citas hechas por el autor la *L.* 1. *princ. D. de just. et jur.* y el §. 1. *Inst. de rer. divis.*

42. *Promulgado*) Pertenece tambien al derecho divino positivo lo que promulgaron Jesucristo y los apóstoles de viva voz, á que se llama tradicion. *Observad las tradiciones*, dice el apóstol. *Epist. ad Thes.* 2. 14.

43. *Pueblo*) Las leyes se forman en los gobiernos republicanos por el pueblo, en los aristocráticos por los nobles, y en los monárquicos por los príncipes tan solo, pues hasta los estatutos de las ciudades no tienen fuerza obligatoria sino las confirma el soberano. Vese por esto que la definicion que aqui se da del derecho civil dice relacion al estado democrático.

Establece) Segun lo exige la constitucion y el interés del estado, y esta es la razon porque no es este derecho uno mismo en todas partes, y porque se varia muchas veces aun en una misma nacion, de lo que nos ofrece innumerables ejemplos el gobierno romano.

44. Los pueblos hacen sus leyes ó *espresa ó tácitamente*, pues nada importa que espresen su voluntad por medio de sufragios ó de hechos, *l.* 32. §. 1. *D. de legib.* De aqui nace la diferencia de derecho *escrito y no escrito* (*), §. 3. *Inst. e. t. l.* 6. §. 1. *D. de just. et jur.*

(*) Los jurisconsultos llaman derecho *escrito* al que ha sido promulgado, aunque no esté materialmente escrito, y *no escrito* al no promulgado, en lo cual siguen á los griegos, entre los cuales no consiste en escribir las leyes sino en promulgarlas. Libanio dice que Licurgo *escribió leyes*, *tomo* 1. *pag.* 476, y sin embargo no se pusieron por escrito. Plutarco *en Licurgo p.* 47. Platon, que en *Laercio* divide tambien el derecho en *escrito* y *no escrito*, define á este: *derecho establecido por la costumbre.* Por tanto bien pudo ser, como dice Justiniano, §. 10. *Inst. e. t.*, que las diversas instituciones de los atenienses y lacedemonios hubiesen dado origen á esta division, pues aquellos usaron absolutamente del derecho escrito, y estos del no escrito, cuya distincion se toma entonces en sentido gramatical. Asi diremos que estas ciudades dieron origen á la division de derecho escrito, pero no á la acepcion en que los jurisconsultos toman estas palabras.

45. Las alteraciones que sufrió el gobierno romano dieron origen á varias especies de derecho escrito, las cuales se refieren en el §. 3. *Inst. e. t.* á saber: 1.° *leyes;* 2.° *plebíscitos*, 3.° *senadoconsultos;* 4.° *constituciones de los príncipes;* 5.° *edictos de los magistrados;* *y* 6.° *opiniones de los jurisconsultos* (*), las cuales hablando estrictamente se llaman *derecho civil*, *l.* 2. §. 5. *D. de orig. jur.*

(*) Este derecho civil estrictamente tomado se establece sin escritura, pues consiste en la interpretacion de los jurisconsultos, como se dice en la *l.* 2. §. 5. §. 12. *D. de orig. jur.* Esto se debe entender con respecto á su origen, porque no habiendo sido promulgado, tácitamente adquirió fuerza en el foro; mas luego que Justiniano le insertó en el cuerpo del derecho, y le publicó junto con las demas leyes, empezó á ser *escrito.*

46. *Ley es la que el pueblo romano establece á propuesta de un magistrado senador*, *v. gr. el consul*, §. 4. *Inst. e. t.* Por la palabra *pueblo* entiéndese los patricios y plebeyos reunidos, á quienes tambien se dió el nombre de *quirites.* El dictador, el tribuno militar con potestad consular, los decemviros y el pretor tambien estuvieron autorizados para proponer leyes. Estas se hicieron al principio en los comicios curiados, *l.* 2. §. 2. *D. de orig. jur.;* y despues por los votos de las centurias ó de las tribus.

---

44. *Tácitamente*) Espresamente, por medio de la promulgacion, ya se haga por edictos ó por publicacion á viva voz. Basta que una ley haya sido promulgada para que se diga de derecho escrito. Pero al contrario, aunque la costumbre se reduzca á escritura, permanece derecho no escrito porque no ha sido promulgado. *

46. *El pueblo romano*) La diferencia entre el pueblo y la plebe era la misma que la que hay entre el género y la especie, ó entre el todo y la parte. El pueblo comprende á todos los romanos, tanto patricios como plebeyos; la palabra plebe solamente á los no patricios. Pero es necesario no confundir los patricios con los nobles; pues los plebeyos podian ser nobles. *

El pretor) Muy pocas leyes eran pretorias, pues la mayor parte eran consulares. Véase á Josefo Averan. *Inter. jur. lib.* 1. *cap.* 6. *n.* 3. *y* 4. *y siguientes.*

47. Plebíscito es *lo que la plebe (separada de los patricios) determina á propuesta de un magistrado plebeyo*, v. gr. *el tribuno de la plebe*, §. 4. *Inst. e. t.* (en los comicios tribunicios y por votos de las tribus). Al principio no observaron los plebíscitos los patricios, pero despues se les dió la misma autoridad que á las leyes (*) por las leyes Horacia, Publilia y Hortensia, publicada la primera á los 304 años F. R. Liv. *lib.* 3. *cap.* 55.; la segunda á los 414. Liv. *lib.* 8. *cap.* 12., y la tercera á los 456. *l.* 2. §. 8. *D. de orig. jur.* Gelio, *lib.* 15. *cap.* 38.

(*) Los plebíscitos empezaron desde entonces á llamarse leyes, como la ley *Aquilia*, *Falcidia*, *Voconia*, *Cincia*, &c.

48. En tiempo de la república, los senadoconsultos eran *los decretos del senado acerca de las cosas sometidas á su cuidado.* (*) Polib. *Hist. libr.* 6. *cap.* 12. *y sig.* Pero despues que Tiberio, con las miras de trastornar el modo antiguo de hacer las leyes, trasladó los comicios del campo á la curia (Tacit. *Anal. lib.* 1. *cap.* 15.), ya no quedó duda en que el senado podia hacer leyes; *l.* 9. *D. de legib. l. un. C. de senatuscons.*

(*) En los tiempos libres de la república, el objeto de los senadoconsultos fue el cuidado del erario, las embajadas, la administracion de las provincias, el conocimiento de los maleficios cometidos en Italia, los triunfos, los comicios, las ferias, las suplicaciones (esto es, las acciones de gracias á los dioses por las victorias conseguidas), y otras cosas por este estilo. Polib. *lug. cit.* Los senadoconsultos no tenian fuerza de ley á no ser que el pueblo los aprobase con sus sufragios, como se hizo muchas veces, Dionys. Halic. *lib.* 10.; de lo contrario no obligaban, Liv. *lib.* 9. *cap.* 8., sino solamente al senado de aquel año, considerándose como instituciones establecidas para solo un año, segun las llama Dionys. *lib.* 9. *p.* 595.

49. Como el senado representó desde entónces al pueblo ó á los comicios, el senadoconsulto puede definirse: *derecho constituido por el senado en lugar del pueblo, en virtud de oracion del príncipe* ó de propuesta del consul, §. 5. *Inst. e. t. l.* 2. §. 9. *D. de orig. jur.*

---

47. *Hortensia*) En la glosa al §. 4. de la *Inst. en este tit.* leemos que esta ley se dió por cierto rey llamado Hortensio; pero como jamas haya reinado en Roma tal monarca, debemos presumir que el autor de esta ley fue el dictador Hortensio, del cual hablamos en la Historia del der. *lib.* 1. §. 1. §. 41.

48. *A la curia*) Justiniano dice haber sido la causa de esta medida no poder convocarse cómodamente en aquel sitio el pueblo romano para establecer las leyes. §. 5. *Inst. e. t.* Esta misma razon trae Pomponio en la ley 2. §. 9. *D. de orig. jur.* aunque sus palabras se refieren al tiempo de la república. Cl. Martini, *Hist. jur. cap.* 5. §. 11. *schol.* Pero la verdadera causa de esta alteracion parece que fue el temer Tiberio la reunion de tantos ciudadanos y el tener á su arbitrio el senado. Véase Binkershoek *Prætermis ad l.* §. 9.

(*) *No tenian fuerza de ley*) No faltan quienes opinan que tenian fuerza de ley los senadoconsultos aun en tiempo de la república, porque estaba establecido, que en una urgente necesidad y permitiéndolo el pueblo, pudiera resolver el senado sobre varios asuntos sin consultar á este.

49. *Oracion del príncipe*) Se llamaba oracion del príncipe el discurso del em-

50. Estos senadoconsultos ó, como se llaman muchas veces, *derechos establecidos por las oraciones de los príncipes*, *l.* 8. *D. de transact. l.* 1. *D. in quib. caus. pign. l.* 53. §. 10. *D. pro soc. l.* 60. *pr. de rit. nupt.*, se fueron poco á poco desusando despues de los tiempos de Antonino; pues que mucho antes los príncipes á quienes habia revestido el pueblo por la ley Real ó Régia (*) del poder supremo, §. 6. *Inst. e. t.*, empezaron con sus constituciones ó edictos á establecer nuevos derechos. La *l.* 4. §. 6. *D. de legation.* ofrece el ejemplo de Vespasiano.

(*) La *ley Real ó Régia*, que tambien se llama *ley del imperio* en la *l.* 3. *C. de testam.* y *privilegio augusto* en la *l. un.* §. 14. *C. de caduc. toll.*, no era otra cosa que un conjunto de prerogativas concedidas á los emperadores por varios senadoconsultos hechos poco á poco en honor de los príncipes, de los cuales tratamos con estension en las *Antigüed. roman. e. t.* §. 43. *y siguientes.*

51. Semejantes constituciones son la *voluntad de los príncipes, la cual, si ellos quieren (*§. 6. *Inst. e. t.), tiene fuerza de ley: l.* 1. *pr. D. de const. princ.*

52. Como estas constituciones toman su fuerza de la voluntad del príncipe, es claro que este puede obligar por medio de ellas á todos los individuos de la sociedad, ó imponer ó conceder estraordinariamente alguna cosa á ciertas personas. Las primeras se llaman *generales*, como los *rescriptos*, *decretos*, *edictos;* las últimas *especiales*, como los *privilegios*, los cuales *no se aplican* á otros casos. (*) §. 6. *Inst. e. t. l.* 1. §. 1. *y* 2. *D. de const. princ.*

(*) Por esta sola razon, los privilegios se llaman constituciones *especiales*, pues por más favorables que sean, obligan á todos á no turbar ó impedir el ejercicio del privilegio á aquel que lo impetró.

53. El príncipe responde por medio de *rescriptos* á los libelos ó peticiones de las partes, á las consultas de los magistrados, á las solicitudes de las corporaciones, *l.* 19. §. 9. *D. locat. l.* 3. §. 1. *D. de*

---

perador, proponiendo la adopcion de alguna ley. Leido dicho discurso, los senadores daban su parecer de viva voz: hecho lo cual, decia el consul que los defensores del decreto propuesto se colocasen á un lado de la sala y al otro los que fuesen de parecer contrario, con esta fórmula: *qui hoc sentitis in hanc partem, qui alia omnia, in eam partem secedite quacum sentitis*: hecho lo cual se levantaban los senadores y cada cual se dirigia al lado señalado para los que apoyaban su parecer. ✿

50. *Ley régia*) Dudan algunos, en especial Mart. Schookio, sobre la existencia de tal ley; pero Ger. Nodt. en la *Oracion de leg. reg.* ha demostrado sólidamente que existió esta ley, la cual no era otra cosa que la coleccion de senadoconsultos en que se dió á Augusto y sus sucesores el poder supremo. *Tit. lib.* 34. 6. ✿

52. *No se aplican*) Así es que los privilegios no admiten interpretacion estensiva, ni habla con ellos aquella regla: *donde la razon de la ley es la misma, es igual la disposicion del derecho.* Sin embargo, consultando á la humanidad suelen estenderse los privilegios á las viudas y á los hijos, cuando no han salido de la casa paterna. ✿

testib. Los primeros se llaman *adnotaciones ó subnotaciones;* los segundos *epístolas* (*), y los últimos *pragmáticas sanciones*, *l.* 6. *y* 7. *C. de divers. princ. reser. l.* 12. *C. de vectigal.*

(*) Llámase *diploma* entre los romanos al escrito que contenia algun derecho ó privilegio esclusivo concedido por el emperador ó por algun magistrado. *Lebelli ó codicilli,* á los despachos que dirigian los emperadores al senado, desde que César introdujo la costumbre de dividirlos en páginas y plegarlos en forma de libros. Finalmente, la palabra *literæ* era comun á toda clase de escritos, designándose con la voz *epístola* las cartas que se enviaban á los ausentes, y con la *libelli* las que á los presentes. *(Nota del Trad.)*

54. El emperador espedia *decretos*, *cuando con conocimiento de causa pronunciaba sentencia interlocutoria ó definitiva*, *l.* 1. §. 1. *fin. de D. de constit. princ. l. ult. pr. C. de legib.*

55. Finalmente *por los edictos constituia el príncipe* motu propio *un nuevo derecho promoviendo la utilidad general*, *l.* 1. §. 1. *D. de const. princ.* (*). Distínguense de los *mandatos* en que, aunque estos nacen tambien de la espontánea voluntad del príncipe, solo se *refieren á ciertas personas*, *l.* 1. *C. de mandat. princip.*, principalmente á los magistrados provinciales. Jac. Gothofr. á la *l. un. C. Th. de mandat. princip. tom.* 1.

(*) Parece que al principio los emperadores publicaron por medio de edictos los decretos del senado; *Burmann. sobre las rentas del pueblo roman. cap* 6. y *Maran. Paratitl.*, pero despues que afianzaron su autoridad, empezaron poco á poco á publicar por edictos lo que se habia de tener por ley, aun sin consultar al senado.

56. Teniendo las constituciones de los príncipes fuerza de ley siempre que ellos quieran dársela (51.), se sigue: 1.º que los rescriptos no constituyen derecho *si son falsas* las preces en que se fundan,

---

53. *Subnotaciones*) Los rescriptos dados en virtud de súplica de los particulares se llaman *adnotaciones* ó *subnotaciones*, porque el príncipe hacia escribir á su secretario (*per magistrum libellorum subnotari jubebat*) lo que queria responder. Véanse ejemplos de esto en la ley 9. *D. ad leg. Rod. de jact.* y en Grut. *Inscrip. pag.* 607. *

54. *Pronunciaba sentencia*) Lo que hacia el emperador ó por sí solo ó reuniendo el consejo de los jurisconsultos. Véanse ejemplos de lo primero en la ley 13. *D. quod metus caussa*, que merece leerse íntegra. *

Interlocutoria) Si daba la sentencia en el tribunal se llamaba *decreto*, ó sentencia definitiva; si en el acto, de plano, *interlocucion* ó sentencia interlocutoria. *L.* 1. §. 1. *D. de const. princ.* §. 6. *Inst. de jur. gent. et civil.* *

55. *Mandatos*) Son estos ú ordinarios, que se dan á los magistrados que administran justicia, ó á los legados, *Nov.* 17, ó estraordinarios, que se dirigen á ciertas personas particulares por exigirlo asi una necesidad urgente. *

Se refieren) A cuya clase pertenecen las comisiones, las cuales son de estricto derecho, de suerte que el comisionado no puede hacer nada mas de aquello que se le encomendó; y de aqui la obligacion en que está de enseñar su comision, si lo exigieren las partes interesadas. *

56. *Si son falsas*) En todos los rescriptos se presume incluida la siguiente condicion: *si es cierta la súplica*; ya sean los rescriptos de justicia, que son los que corresponden segun el conocimiento de los hechos; ó de gracia, que son aquellos

l. fin de divers. princ. rescr., sino firma el príncipe, si falta la fecha y el consul ó el año, *l.* 3. *y* 4. *C. lug. cit.*, ó si se obtienen en detrimento del bien general ó del derecho de algun tercero, *l.* 3. *y* 7. *C. de precib. imp. off. l.* 6. *C. si contra jus. vel util. publ.*

57. Del mismo principio se sigue: 2.º que los decretos solo tienen fuerza de ley entre las partes, *l.* 2. *C. de leg. et constit.*, á no ser que el príncipe interprete por medio de ellos puntos jurídicos oscuros y dudosos, *l.* 12. §. 1. *C. lug. cit.*, ó mande espresamente que el decreto se aplique á otros casos semejantes, *l.* 3. *C. lug. cit.*

58. Por último se sigue: 3.º que, hablando propiamente, solo los edictos (*) tienen fuerza de ley. De aqui es que se llaman *leyes edictales perpétuas*, ó que *han de valer para siempre*, *l.* 6. *C. de sec. nupt. l.* 2. *C. ubi quis decurial. vel cohort. l.* 6. *C. de divers. pr. urb.*, y tambien *epístolas generales*, *l.* 1. §. 2. *D. de fugit. y leyes sagradas. Nov.* 48. *fin.*

(*) Esto es, si las constituciones se consideran en sí; pero como los rescriptos y decretos de los antiguos emperadores, igualmente que los edictos, fueron adquiriendo poco á poco autoridad en el foro, y al fin se insertaron por Justiniano en el cuerpo del derecho, se dice que tambien hacen derecho, y que se tienen por ley.

59. A las constituciones *generales* se oponen las *especiales*, que tambien se llaman *privilegios*, como si digeramos leyes privadas (*privæ leges.*) Gel. *lib.* 10. *cap.* 20.

60. Los *privilegios* son pues las *constituciones de los príncipes por las cuales conceden alguna recompensa, ó imponen alguna pena estraordinaria, sin que pueda servir de regla para otros casos* (*) §. 6. *Inst. e. t.*

(*) Los autores mas esactos distinguen estos privilegios de los *beneficios de la ley*, ya sean *generales*, como el de restitucion *in integrum*, de inventario, de órden, de division; ya sean *especiales* concedidos á cierta clase de personas, como á las mugeres, á las personas estudiosas, al fisco, á los colegios y corporaciones. Estos se llaman tambien *derechos singulares*, é impropiamente *privilegios.* Cujc. *obs. lib.* 15. *cap.* 8.

---

por los que se da algun beneficio por justa causa, v. g. el privilegio esclusivo de vender tal ó cual artefacto ó invento concedido al inventor ó artífice; ó en que se perdona algun delito cometido. Joh. Vœt. *Coment. ad Pand. tit. de const. Princ. n.* 3.

En detrimento) A no ser que el príncipe le prive por castigo de algun derecho, ó bien por utilidad pública, en cuyo segundo caso debe indemnizársele de los perjuicios ocasionados. *L.* 9. *C. de operib. public. L.* 13. §. 1. *D. comm. præd.*

57. *Mande*) De lo cual tenemos un ejemplo en la ley 13. *D. quod metus caussa*, en donde dispone el emperador Antonino para lo sucesivo, que los que violentamente tomaren á sus acreedores lo que estos les debian pierdan sus créditos. *

60. *Pena estraordinaria*) Como vemos que hizo Adriano, en la *L.* 2. al fin. *D. de his, qui sui vel alieni juris.* Y llamamos hacer un ejemplar castigo, siempre que el soberano para infundir terror impone una pena mayor de la que establecen las leyes.*

Al fin) Y tambien cuando los perdona sin atender á sus méritos; asi pues, hay tres especies de constituciones de los príncipes.

61. Por tanto los privilegios son ó bien *odiosos*, *por los cuales se impone una pena mayor que la que señala la ley* (*); ó *favorables*, *por los cuales se concede alguna recompensa en atencion á ciertos méritos*, §. 6. *Inst. e. t.*

(*) Aquellos fueron prohibidos por las leyes de las doce tablas. *Cic. pro domo, cap.* 18. Sin embargo, fueron impuestos muchas veces por los tribunos turbulentos. Cic. *pro domo. cap.* 17., y despues por los príncipes, *l.* 2. *fin. D. de his, qui sui vel alieni jur. l.* 28. §. 3. *D. de pœn. l. ult. D. si quis à par. manum.* Mas como un buen príncipe apenas los impone, no es permitido al juez mostrarse mas severo ni mas indulgente que la ley, puesto que los privilegios son las constituciones que emanan del príncipe solamente. *l.* 8. §. 2. *C. ad leg. Jul. de vi publ. vel priv.* Asi no se debe escusar la severidad de Galba cuando aun no era mas que procónsul: véase á Sueton. *en Galba, cap.* 9.

62. Los privilegios se conceden ó á la *persona* ó á la *causa.* Los doctores llaman é aquellos *personales*, á estos *reales.* Aquellos espiran con la persona, bien que por las costumbres del dia muchas veces se conceden á las viudas; estos pasan á los herederos, *l.* 3. §. 1. *D. de cens. l.* 196. *D. de reg. jur.*

63. Siendo los privilegios unas constituciones, se sigue: 1.° que solo el príncipe puede concederlos: 2.° que no puedan otorgarlos los magistrados: 3.° que solo al príncipe toca prefijar como debe entenderse el beneficio que concede, *l.* 191. *D. de reg. jur.*, sin que pueda oponérsele la *l.* 3. *D. de constit. princ.*

64. Pertenecen tambien los edictos de los magistrados al derecho escrito. (45.) Los pretores, los procónsules, los ediles curules y otros magistrados acostumbraron publicar edictos, determinando el órden y modo en que habian de decidir los negocios relativos á su jurisdiccion.

---

61. *Al fin*) Si los privilegios se conceden para uno ó pocos actos se suelen llamar en lenguage forense dispensas, habilitaciones, vénias, gracias &c.; y no entran en la clase de privilegios sino cuando se dan perpetuamente ó para mucho tiempo. Schmier *Jurisp. pub. univ. lib.* 3. *cap.* 2. *sec.* 2. Asi que la division de privilegios en personales y reales pertenece á esta segunda clase.

62. *Pasan*) Y cómo se ha de entender en caso de duda? Debe distinguirse si se concedió por título oneroso, ó solo por via de gracia. En el primer caso se presume real el privilegio, porque se cree que cada cual contrae para sí y su heredero; de lo contrario es personal. V. Sam. Stryckii. *Dissert. de privilegio titulo oneroso quæsito.* *

Al fin) Ademas los privilegios son *graciosos* ú *onerosos* Aquéllos se derivan de la voluntad del concedente; estos se obtienen por cierto precio. Hay otros que se llaman remuneratorios, y que mas bien pueden aplicarse á los onerosos que á los graciosos, pues son los que se conceden por servicios prestados al estado.

63. *Beneficio*) ¿Se puede revocar el privilegio? Se podrá si se concedió gratuitamente; pero no, si por título oneroso, á no ser que redunde en perjuicio de la nacion. No obstante, el sucesor singular puede revocar el que dió su antecesor; pero no el sucesor universal ó el heredero. Véanse las *Observ. Halens. part.* 3. *capitulo* 15. 16. *y* 17. *

Oponérsele la ley &c.) Puesto que esta ley habla de los derechos singulares, de los cuales se trata en el §. 60. en el escolio. (*) Lo mismo dice el autor en las Recitaciones. Pero no consta claramente en las Pandectas. *lib.* 1. *tit.* 14. §. 119. V. Jac. Gothof. á la ley 191. *D. de reg. iur.* al fin.

*

De aqui nacieron los edictos *urbanos* ó *pretorios*, *provinciales* ó *proconsulares* y *edilicios*, todos los cuales se llaman *derecho honorario*, §. 7. *Inst. e. t. l.* 7. §. 1. *D. de just. et jur. l.* 52. §. 6. *D. de oblig. et act.*

65. Aunque los magistrados no fuesen legisladores (44.), *l.* 12. §. 4. *D. de Public. in rem. act. l.* 12. §. 1. *D. de bon. possess.*, sin embargo, poco á poco se abrogaron la facultad de *ayudar*, *suplir* y *corregir* el derecho bajo pretesto de utilidad pública, *l.* 7. §. 1. *de just. et jur.* Bajo este concepto se deben entender las palabras de Justiniano en la *Nov.* 25. *pref.* y en la *Nov.* 26. *cap.* 1. §. 1., en donde los pretores *se llaman legisladores.* De aqui tantas acciones *pretorias y edilicias*, interdictos, restitucciones *in integrum*, y la posesion de bienes; las cuales cosas admitidas al principio en el uso del foro, recibieron con el tiempo fuerza de derecho escrito. Cic. *invent. lib.* 2. *cap.* 22., y particularmente despues que fueron compilados los *edictos perpétuos.*

66. Salvio Juliano compiló, bajo los auspicios de Adriano, el *edicto perpétuo pretorio* ó *urbano. Const. Tanta*, §. 18. *de confirm. Digest.* Eutrop. *hist. lib.* 8. *cap.* 9. Se ignora el autor y año del edicto perpétuo *provincial*, pues unos sospechan que se publicó en tiempo de Adriano, *Dodwell. Prælect. Cambden.* 8. §. 10. *pag.* 335. y otros en el de Marco. Ez. Spanhem. *Orb. Rom. Exerc.* 2. §. 12. *pag.* 97. (*) Ambos edictos perecieron, aunque pudo ser que muchas cosas de ellos se

(*) Ninguna de las dos opiniones está bien comprobada. A mí me parece que procónsul y pretor *fueron una misma cosa*, diferenciándose solamente en las palabras; pues Cayo en el *comentario al edicto provincial* guarda el mismo orden que los jurisconsultos que ilustraron el edicto pretorio, supuesto que las veces que cita las palabras del edicto, al decir quien lo estableció, cita indistintamente ya al pretor ya al procónsul. Véase *la l.* 4. *D. quod quisque jur. l.* 1. *D. si quis caut. l.* 1. §. 2 *D. quod cujusc. univers. nom.*

---

64. *Honorario*) Todos los magistrados que disfrutaban de ciertos honores en Roma podian dar edictos sobre las cosas que eran de su cargo. Hállanse edictos de los censores en Corn. Nepot., en Caton, *cap.* 2. Y en la historia del derecho espusimos varios edictos de los sacerdotes. *

65. *Arrogaron*) Consintiéndolo y aprobándolo el pueblo romano.

Corrigiendo) Y aun contrariando el sentido de la ley: lo que fácilmente lograban, inventando nuevas fórmulas, dando escepciones, prometiendo restituciones *in integrum*, é ideando varias ficciones, como esplicamos en las Antigüedades Romanas, en este título. *

Se llaman legisladores) Justiniano en dicha Nov. 26. llama á los pretores legisladores, porque el pretor hacia la ley y la proponia al pueblo, y por eso en las Nov. 24. en el prefacio dice: y se hacian muchas leyes por voz de los pretores (*et multæ leges voce pretore ferebantur*).

66. * *Fueron una misma cosa*) Disiente de esta opinion, entre otros V. C. Guadagni *Inst. Proem.* §. 21. en el escolio. Yo creo que aunque el edicto provincial sea lo mismo que el pretorio, no se deduce de aqui que aquel no se diferencie del edicto provincial perpétuo, compilado tal vez de los edictos pertenecientes á las causas y negocios de las provincias. Con la palabra edicto provincial, ya se tome general ó especialmente, se espresa todo edicto. V. Cuj. *Observ. lib.* 25. *cap.* 16

hayan insertado en el Digesto, porque se encuentran en él tres edictos edilicios, *l.* 27. §. 28. *D. ad leg. aquil. l.* 1. §. 1. *l.* 38. *l.* 40. *y sig. D. de ædil edit.*

67. Finalmente, se refieren al derecho escrito las *opiniones ó respuestas de los jurisconsultos*, esto es, las de aquellos á quienes por derecho era permitido (*) consultar. §. 8. *Inst. e. t.*

(*) En un principio lo era á todos aquellos en cuya instruccion se confiaba, *l.* 2. §. 47. *D. de orig. jur.* Augusto restringió esta facultad despues á ciertas personas, y obligó á los jueces á que no se separasen de su dictamen, §. 8. *Inst. e. t.* Esta facultad se volvió á ejercer sin solicitarla desde los tiempos de Adriano, *l.* 2. §. 47. *D. de orig. jur.*; pero en los últimos fue necesario otra vez que se concediese por beneficio del príncipe, segun lo demuestra el ejemplo del jurisconsulto Inocencio, en Eunap. *vida de Crysanto*, pag. 286.

68. De las interpretaciones, opiniones y disputas de los jurisconsultos se derivaron muchos capítulos de derecho, v. gr. la tutela legítima de los patronos, la queja de inoficioso, las acciones útiles, acciones de la ley, los actos legítimos &c., *l.* 2. §. 6. *D. de orig. jur.*

69. Llamáronse *acciones de la ley*: 1.º ciertas fórmulas y ritualidades que debian observarse en la prosecucion de los pleitos, *l.* 2. §. 6. *D. orig. jur.*; 2.º cualquier acto asi de jurisdiccion contenciosa como de voluntaria, que bajo de ciertas fórmulas y ritos solemnes se debia celebrar ante el magistrado, en quien residia la accion de la ley (*); tales fueron la manumision, adopcion, emancipacion, cesion por derecho, *l.* 3. *D. de offic. procos. l.* 4. *D. de adopt. l.* 1. *D. de offic. juridic.*

(*) Notable es la opinion de Guil. Marano, quien en la ley 77. *D. de reg. jur. Opp. tom. II.* pag. 620., juzga que se llamaron acciones de ley aquellos actos que tenian que verificarse ante el pueblo á manera de ley. Gellio se esplica asi con respecto á la arrogacion, *Noct. Attit. lib.* 5. *cap.* 19. y tambien Justiniano acerca de los testamentos, *pr. de testament. ordinand.* Posteriormente se dió á los magistrados por leyes especiales la facultad de que residiese en ellos la accion de la ley, conservándose no obstante á aquellos actos el antiguo nombre con que se designaban. V. Auct. *Hist. jur. lib.* 1. *cap.* 3. §. 45., en donde se esplican los actos legítimos y se espone la diferencia entre estos y las acciones de la ley.

---

67. *Consultar*) Por eso leemos en las obras antiguas; «á quiénes era permitido fijar el sentido de las leyes (*jura condere*)» y por eso se llama muchas veces á los jurisconsultos, legisladores (*conditores juris*).

* *De su dictamen*) Esto es, del dictamen de todo el colegio de jurisconsultos, pero no del de cada uno en particular: de suerte que no podia separarse de su parecer unánime. Heinecio al Vinio §. 8. *Inst. e. t.* Juzgan algunos que en el citado lugar de las Instituciones se designa la constitucion de Teodosiano y Valentiniano, en que se confirma la autoridad de algunos jurisconsultos, pues que no se puede señalar ninguna constitucion de Augusto sobre esta materia. Jac. Gothofr. *Comment. ad L. un. C. Theod. de resp. prud.* Vinn. en *d.* §. de las *Inst.* Pero no convienen en esta opinion. Ritter. *ad* Jac. Gothofr. *en d. l. un.* y Thom. *de nævis jurisp. antejust. lib.* 2. *cap.* 2. *num.* 40.

68. *Interpretaciones*) Estas interpretaciones no eran otra cosa que nuevas conclusiones derivadas de las leyes por las reglas de una buena interpretacion, por lo que no es de admirar que tuviesen fuerza de ley, supuesto que se consideran parte de las leyes todo lo que de ellas se deduce por justa consecuencia. *

70. Eran *actos legítimos* los negocios que se celebraban en público ó en privado solemnemente; pero no en presencia del magistrado en quien residia la accion de la ley (*). Las acciones de la ley y algunos de los actos legítimos (**) no admitian condicion, ni dia, ni procurador, v. gr. la mancipacion, la aceptilacion, la adicion de la herencia, la eleccion del siervo y la dacion de tutor, *l.* 77. *l.* 123. *pr. D. de reg. jur.*, ni podian reiterarse, *dicha l.* 123., ni ejercerse por el pupilo sin autoridad del tutor, *l.* 19. *D. de auct. tut. Scip. Gentil. de jurisdict. lib.* 1. *cap.* 34. *pag.* 144.

(*) Asi la dacion de tutor era acto legítimo, *l.* 77. *D. de reg. jur.*, y sin embargo el legado procónsul aunque no tenia la accion de la ley, *l.* 3. *D. de offic. procos.*, nombraba tutores, *l.* 15. *D. lug. cit.*

(**) Los doctores comunmente atribuyen á todas esta cualidad; pero véase á Jac. Gotofr. *Coment. á la l.* 77. *D. de reg. jur.*

71. Hasta aqui del derecho escrito. El *no escrito*, ó la costumbre, es el *derecho introducido por el voto tácito del pueblo* (en los tiempos libres de la república, pues en el estado monárquico fué con el tácito consentimiento del príncipe), *l.* 32. §. 1. *D. de legib.* Asi que el derecho escrito y el no escrito emanan de una misma fuente, esto es, del legislador.

72. Siendo la costumbre un derecho establecido por el tácito consentimiento del legislador, se sigue: 1.º que el averiguar si se ha introducido tal ó cual costumbre en la nacion, es cuestion de hecho; el cual se ha de probar por el transcurso del tiempo y la repeticion de actos conformes, *l.* 1. *C. quæ si long. consu. l.* 34. *D. de legib.* 2.º Que luego que esté introducida, tenga la misma fuerza que las leyes, §. 9. *Inst. e. t. l.* 32. §. 1. *D. de legib.* 3.º Que derogue y abrogue las leyes anteriores, *l.* 32. §. 1. *D. de legib.* §. 2. *Inst. e. t.* 4.º Que si se opone á la recta razon y á las buenas costumbres, no

---

70. *Se celebraban.*) Aqui se toman los actos legítimos en su significacion estricta, pues los actos legítimos generalmente hablando, constituyen un género que se divide en acciones de ley y en actos legítimos en especie. Toda accion de ley era tambien acto legítimo, pero no al contrario.

Reiterarse). De modo que el que habia elegido un siervo, no podia, aunque se arrepintiese de su eleccion, elegir otro.

Autoridad) Aunque las acciones de la ley y los actos legítimos no tienen uso en la actualidad, hanse derivado de ellos muchas conclusiones de suma importancia, de suerte que sino esplicaramos lo que son actos legítimos y acciones de ley no podriamos dar la razon de muchas disposiciones. *

**Doctores*) A los cuales debe agregarse Cujacio. *Obs. lib.* 15. *cap.* 16.

Introducido) La costumbre se introduce por el pueblo; pero no adquiere fuerza y potestad sino por el tácito consentimiento del legislador; segun la l. 32. §. 1. *D. de legib.* lo mismo es que el legislador dé su aprobacion tácita que espresamente.

72. *Se ha de probar*) Pues no bastan dos ó mas sentencias dadas sobre ella en juicio para formar costumbre, aun cuando confirmen la costumbre que ya principió á guardarse. Las cosas juzgadas tienen fuerza de ley cuando se ha juzgado siempre de un mismo modo. *L.* 34 *y* 38. *D. de legib.*

Se opone) O si contuviese error. *L.* 39 *D. de legib.*

se presume que la aprueba el legislador, *l.* 39. *D. de legib. cap.* 1. 2. 3. 7. 10. 11. X. *de consuetud.*

73. »En España no hay mas que una clase de derecho escrito »que es la ley. Por esta se entiende una regla de conducta ó accion »establecida solemnemente por una autoridad á quien debemos obe- »decer. La facultad de hacer las leyes ha residido en el rey hasta que »publicada la constitucion de la monarquia reside en las Córtes con »el rey, que aprueba con su sancion, si lo cree conveniente, lo que »las Córtes discuten y establecen. La autoridad real, sin embargo, »puede espedir decretos y reales órdenes en casos urgentes ó para »asuntos de los particulares, quedando siempre salvo á la represen- »tacion nacional el derecho de reclamarlas si lo juzgan conveniente.

»Nuestras antiguas leyes conferian al rey la facultad de conceder »privilegios; pero en el dia reside en las Córtes con el rey la facultad »de corregir las leyes, derogarlas y dispensar de su observancia, bien »que el soberano podrá indultar á los delincuentes, segun el artículo »47 de la Constitucion.

»Para la admision de la costumbre en España se requiere el uso »no interrumpido de diez años y treinta juicios ó actos uniformes sin »contradiccion. (*l.* 5. *tit.* 2. *Part.* 1.).

74. El objeto de todo derecho son las *personas*, las *cosas* y las *acciones*, §. *ult. Inst. e. t.* En el libro 1.º se trata del *derecho de las personas*; en el 2.º, 3.º y principio del 4.º del *derecho de las cosas*; y en el cap. 6. y siguientes del libro 4.º del *derecho de las acciones.*

TITULO III.

Del derecho de las personas.

75. Segun derecho hay gran diferencia entre *hombre* y *persona.* *Hombre* es un *ser dotado de alma racional unida á cuerpo humano.* *Persona* es el *hombre considerado en algun estado.*

76. Estado es una *cualidad ó circunstancia por razon de la cual los hombres gozan de diversos derechos.* Es *natural* ó *civil*; este se subdivide en estado de *libertad*, de *ciudad* y de *familia*, *l. ult. D. de cap. minut.* De aqui el axioma jurídico: que por derecho romano el que no goza de ningun estado no es considerado como persona sino como cosa.

77. Por tanto el siervo es *hombre* (75.), es tambien *persona* con respecto al estado natural, *l.* 22. *pr. D. de reg. jur.*, mas no con respecto al civil. Theofil. *princ. Inst. de stipul. serv.* dice que no tiene persona por las leyes: Casiodor. *var. lib.* 6. *cap.* 8. le numera entre las

---

77. *No tiene persona por las leyes*) Pero se dice que el siervo tiene persona por la persona de su señor. *L.* 82. §. 2. *D. de legat.* 2.



cosas llamadas *mancipi*, y Ulpian. *Fragm. tit.* 19. §. 1., entre las cosas que estan *en el fundo*. La *l.* 32. §. 2. *D. de legat.* 2. el §. 4. *Inst. de cap. demin.* y la *l.* 32. *y* 209. *D. de reg. jur.*, le consideran como *nulo* y *muerto*, porque no goza del estado de libertad, de ciudad, ni de familia. (76.)

78. La primera y principal division de las personas coloca á todos los hombres en dos clases, en *libres y siervos*, y aquellos se subdividen en *ingenuos* y *libertinos*, *pr. y* §. 5. *Inst. e. t.*

79. Llámanse *libres* de la palabra libertad y *siervos* de la palabra *servidumbre*. Aquella es la *facultad natural que tiene cada uno de hacer lo que quiera, á no ser que la fuerza ó la ley se lo prohiban*, §. 1. *Inst. e. t.* Esta por el contrario, es *una institucion de derecho de gentes (secundario), por la que una persona se sujeta contra la naturaleza al dominio ageno* (*), §. 2. *Inst. e. t.*

(*) Ambas definiciones son antiguas y estóicas (18.) y como los estóicos consideraron libres á todos los hombres, y la servidumbre contraria á la naturaleza, Merill. *Obser. lib.* 1. *cap.* 15., del mismo modo pensaron los jurisconsultos, *l.* 4 *D. de just. et jur. l.* 32. *D. de reg. jur.* Casi con las mismas palabras definen los stóicos la servidumbre. Vid. Arrian. *Diss. Epictet. lib.* 2 *cap.* 1. *y lib.* 4. *cap.* 1. Simplic. *Comment. ad* Epictet. *Enchir. cap.* 2. Pers. *Sat.* 5. *y en ella* Casaub.

Cosas mancipias) Estas cosas eran aquellas que solo se podian enagenar entre los ciudadanos romanos usando de ciertas fórmulas y solemnidades, como de la mancipacion. Véase á Schulting. *Notas á los Fragm. de Ulp. tit.* 19. §. 1. *y á* Bynkers. *de reb. mancipi et nec mancipi.* Pero no se crea que las cosas mancipias eran las preciosas, como dicen Heinecio y otros varios, pues solo eran de esta clase las que primeramente adquirieron los Romanos, la mayor parte de las cuales, segun la enumeracion que hace Ulpiano, eran cosas rústicas ó pertenecientes á la agricultura. No se contaban en este número las cosas muebles aunque fuesen preciosas, escepto los siervos y los ganados. Lo que conviene con las costumbres rústicas de los romanos asi formadas por Rómulo para que ejercitasen continuamente sus fuerzas con las armas ó el arado.

78. *Libertinos*) Para comprender esta diferencia debe distinguirse entre la servidumbre justa y la injusta. Es distinto estar en servidumbre injusta, lo que puede acontecer á un hombre libre por fuerza, que *ser siervo*. Lo primero consiste en un hecho, lo segundo en el derecho; de suerte que el reducido á servidumbre del primer modo, si es manumitido permanece ingenuo, pero el que del segundo, solo es libertino.*

79. *La fuerza ó el derecho*) La fuerza puede quitar la apariencia de libertad, pero no la misma libertad; el derecho cuando refrena la licencia inmoderada de los hombres, lejos de disminuir su libertad, la afirma.

Lo prohiban) O la facultad de hacerlo todo á nuestra utilidad.*

Se sujeta. Tambien puede definirse la necesidad de obrar en utilidad de otro. *

Contra la naturaleza) Segun Grocio no es contrario á la naturaleza que se reduzcan los hombres libres á servidumbre por pacto, por escritura ó por sus delitos. *De jur. bell. et pac. lib.* 3. *cap.* 7. §. 1. y sig. Mas humanamente ha pensado entre otros Bynkersh. *Quæst. jur. pub. lib.* 1. *cap.* 3.

* *Pensaron*) Esta cuestion ha sido agitada entre Aristóteles y los jurisconsultos. Estos opinan que la servidumbre es contra la naturaleza: aquel que es conforme á ella nacer con la condicion de siervo. Veáse á Dan. Heins. *epist. ad Richterum*. Estor. Seneca dice, *Excerp. controv. lib.* 7. *declam.* 6. A nadie hizo la naturaleza siervo ni hombre libre, pues estas cualidades las impuso posteriormente la fortuna á los hombres.

80. Entre los romanos tambien se consideraba la servidumbre como contraria á la naturaleza, pues por ella el hombre dejaba de ser persona y pasaba á ser cosa (76. 7).

81. Los siervos ó *nacen* ó *se hacen*. Nacen de nuestras esclavas, §. 4. *Inst. e. t.*, porque los siervos son cosas, y segun los principios jurídicos el feto pertenece como accesorio del vientre al dueño de la esclava, §. 19. *Inst. de rer. div. l.* 6. *D. de adquir. rer. dom. (V. el* §. 356.*)*

82. Los siervos se hacen tales ó por derecho de gentes ó por derecho civil. Se hacen por derecho de gentes, los prisioneros de guerra, y se llaman siervos *(servi)* de la palabra latina *servati*, que significa guardados ó conservados (*), y *mancipia*, esto es, esclavos, de la palabra *manucapta*, que quiere decir *cogidos con la mano* (**).

(*) Esta etimologia es verdaderamente estóica, pues los estóicos, y á su ejemplo los jurisconsultos, solian dar en vez de etimologias gramaticales ciertas alusiones muy violentas. Tales son la etimologia del testamento, *pr. Inst. de testam. ord.*; del mutuo, *l.* 2. §. 2. *D. de reb. cred.*; del peculio, *l.* 5. §. 3. *D. de pecul.*; de la accion redibitoria, *l.* 21. *pr. D. de ædil. edict.*; del divorcio, *l.* 2. *pr. D. de divort.* V. Scipion Gentil. *Origenes.* Menag. *Ameon. jur. civ. cap.* 39. y Car. And. Dukero. de *latinit. vet. Jctorum.*, *p.* 25. 27. 462.

(**) Se llamaban *servati* ó conservados, porque les habia conservado la vida el vencedor, renunciando á la facultad que tenia para matarlos; y *mancipia* por ser reducidos por el cautiverio bajo la mano, esto es, bajo la potestad de sus enemigos, pues aqui *manus* es sinónimo de potestad. (*Nota del traductor.*)

83. Segun el derecho civil de Justiniano (*), se hacen siervos por via de pena, 1.° los mayores de veinte años que consienten en ser vendidos para participar del precio, §. 4. *Inst. e. t.*, y los libertos ingratos con su patrono, §. 1. *Inst. de cap. dem. l. un. C. de ingrat. lib.*

(*) Por derecho antiguo tambien se hacian siervos: 1.° los que reusaban inscri-

---

80. *Pasaba*) Y de tal suerte, que ya no podia procurar su conveniencia á su arbitrio, sino que tenia que obrar en utilidad del pueblo, á la manera que un caballo; y asi como una cosa no puede lucrar para sí, sino para su dueño, asi el siervo todo lo adquiere para este, porque es considerado como cosa. *

81. *De nuestras esclavas*) El enlace de los siervos no es considerado como matrimonio, sino como contubernio, por cuya razon tiene aplicacion en ellos aquella ley que dice: que el nacido fuera de matrimonio legítimo siga la condicion de la madre, á no determinar otra cosa alguna ley especial. *L.* 24. *D. de stat. hom.* * A lo cual se refiere la ley Menlia, que mandaba que siguiese la condicion del padre el nacido de algun peregrino. Ulp. *Frag. tit.* 5. §. 8.

83. *Justiniano*) Pues estaba prohibido á los Romanos reducirse á justa servidumbre por convenciones particulares. Pero si alguno compraba á otro, sabiendo que era libre, aunque este lo disimulase, quedaba aquel privado del beneficio de la compra en pena de su fraude, y podia el vendido, aunque fuera sabedor del fraude, reclamar su libertad ó proclamar que era libre, con tal que lo hiciera antes de ser vendido á otro comprador de buena fé que ignorase que era libre. *D. de liberal. causs. L. ult. D. quibus ad libert. procl. non licet.*

Consienten) De lo cual tenemos un ejemplo en Plauto, en su Persa. Haciéndose demasiado frecuente este fraude, reclamaba que fuese refrenado por una ley. *

No comparecian). Lo que fue prescrito por el mismo Justiniano. *L.* 1. §. 2. *Cod. de adsert. toll.*

birse en el censo ó alistarse en la milicia, Cic. *pro Cæcin. cap.* 34. 2.° Los condenados á último suplicio, ó siervos de la pena, §. 3. *Inst. quib. mod. jus. patr. pot. sol.* 3.° Segun el senadoconsulto Claudiano, las mugeres libres que contraian relaciones ilícitas con siervos agenos. 4.° Los hombres libres á quienes se reclamaba como esclavos por otro (*adserti*), y que llamados por edicto y dando caucion, no comparecian dentro de un año. Pero el censo y la milicia escogida ya no existian en tiempo de Justiniano, quien revocó el senadoconsulto Claudiano, *l. un. de C. CS. Claud. toll.*, y la servidumbre de la pena en cuanto á la sucesion de los cognados, *Nov.* 22. *cap.* 8. Tambien restringió la asercion, *l.* 1. *y* 2. *C. de adsert. toll.* V. Cuj. *Parat. l. cit.*

84. Como los siervos dejaban de ser personas y pasaban á ser cosas (80.), con razon se dice que entre ellos no hay diferencia en cuanto á su estado (§. 5. *Inst. e. t.*), pero sí respecto de su condicion, pues la diferencia de empleos ó servicios hacia la suerte de unos mejor que la de otros, y especialmente era mas soportable la suerte de los llamados *statu liberi*, libres por su estado, que eran aquellos que esperaban la libertad dentro de cierto tiempo ó bajo de condicion, *l.* 9. *D. de stat. lib.*, y la de los ascripticios y colonos, *l.* 2. *l.* 4. *C. de agric. et cens.* Cujac. *Nov.* 162. *cap.* 3.

85. »Nuestras leyes, siguiendo las huellas de la jurisprudencia »romana, adoptaron casi todas las disposiciones relativas á la naturaleza de la esclavitud, causas de su constitucion &c., y reduciendo además á la esclavitud por la perpetracion de los delitos que mas herian el »honor, como el adulterio, rapto &c. Véanse las leyes 3. y 4. *lib.* 3. »*del Fuero Juzgo, y las leyes* 1. *tit.* 29. *Partida* 2. *y* 1. *tit.* 21. 1. »*tit.* 23. *Partida* 4.»

86. »Pero en el dia han hecho desaparecer de España la esclavitud »las máximas del cristianismo, y los progresos de la civilizacion, exis»tiendo únicamente tan degradante estado en las colonias.

87. Hasta aqui de los siervos. Al contrario que estos son los libres; los cuales se dividen en ingenuos y en libertinos: de estos se tratará en el *tit.* 5. y de los ingenuos en el siguiente.

TITULO IV.

De los ingenuos.

88. Los *ingenuos* (que se llaman libres (*) por escelencia) toman este nombre de *gignendo*, palabra formada del verbo *gigno*, que significa engendrar, porque la libertad se consideraba en ellos como engendrada; ó como dice Isidoro, *Orig. lib.* 9. *cap.* 4., porque parece que *su libertad consistia en su linage y no en hechos.*

(*) En la *l.* 4. *D. de just. et jur.*, donde Ulpiano considera como diferentes

---

84. *Habia*) Véase á Heinecio. De los varios oficios y clases de siervos. *Antiq. Rom. lib.* 1. *tit.* 3. § 8.

Esperaban) Tambien les era mucho mas tolerable su condicion como cosas, pues si delinquian no sufrian el suplicio de los siervos, sino que eran castigados como hombres libres, porque esperaban la libertad.

los libres, siervos y libertinos. Esta observacion sirve para esplicar algunos testos oscuros, v. g. la *l.* 2. *C. Theod. de liberal. causs.*

89. Asi pues, se llama ingenuo el *que es libre desde que nace*, *pr. Inst. e. t.*

90. Como la ingenuidad dependa del nacimiento, se ha introducido en su favor el axioma siguiente: *es ingenuo todo el que nace de madre que fue libre, aun por un solo momento, al tiempo de la concepcion, ó al del parto, ó durante su embarazo, pr. Inst. e. t.*

91. De lo que se sigue 1.° que es ingenuo el hijo de padres libertinos; 2.° el de madre libre y padre esclavo; 3.° el de padre incierto, con tal que la madre sea libre (*), y 4.° que la manumision no perjudica á la ingenuidad, si algun ingenuo fuere reducido á servidumbre injustamente, §. 1. *Inst. e. t.*, v. gr. si le hubieren apresado los ladrones, *l.* 13. *pr. D. qui testam. fac. poss.*; y 5.° que los hijos vendidos por el padre, segun lo permitia el derecho antiguo, dados en noxa ó adjudicados por sus deudas á los acreedores, si despues eran manumitidos no eran libertinos sino ingenuos. Quintil. *Inst. Orat. lib.* 5. *cap.* 10. *lib.* 7. *cap.* 3. *Declam.* 311. 340. *y* 342.

(*) Aunque es regla que los hijos siguen la condicion del padre, esto no tiene lugar cuando no proceden de un matrimonio contraido segun las reglas del derecho civil (*nuptiæ*), pues no siendo asi, se supone que no hay padre. Por tanto el hijo sigue entonces la condicion de la madre, *l.* 19. *D. de stat. hom.*

Asi pues, puede ser cierta la paternidad sin que el hijo siga la condicion del padre; por ejemplo, un gobernador podria tomar una concubina en la provincia que administra, y sus hijos tendrian padre cierto, pues los hijos nacidos de concubinato tienen un padre cierto, con respecto al cual se les llama hijos naturales, porque no nacen en su familia y sin embargo seguirian la condicion de la madre (*Nota del Traductor*).

92. Si uno es ó no libre desde que nace, es cuestion de hecho; en cuyos casos, teniéndose por verdad el juramento y la cosa juzgada, *l.* 207. *D. de reg. jur. l.* 8. *C. de reb. cred.*, se sigue 6.° que el libertino declarado en juicio por ingenuo sea reputado por tal, *l.* 25. *D. de stat. hom.*, y tambien 7.° aquel que jure que es ingenuo, defiriendo el patrono á su juramento, *l.* 30. §. 4. *D. de jerejur.*

---

90. *Fue libre*) Lo que se determinó en favor de la libertad; pues si solamente atendemos á la analogia del derecho, debia mirarse solamente al tiempo del parto, sin que para nada aprovechasen los demas. ✠

91. *De libre y siervo*) Cujacio y Jano Costa juzgan que antiguamente el nacido de muger libre y padre siervo quedaba reducido á servidumbre, porque segun los autores del derecho antiguo, el parto seguia la condicion del peor padre; pero es desechado este parecer por Schultingio *ad Ulpian. Fragm. tit* 5. §. 8.

Ingenuos) Pues aunque permitian las leyes que fueran vendidos los hijos, dados en noxa y adjudicados á sus acreedores por el padre, los Romanos, con el objeto de favorecer la libertad, consideraban como injusta esta servidumbre, y asi los manumitidos eran mirados mas bien como ingenuos que como libertinos. ✠

92. *El patrono*) Pues sobre este juramento es regla: que *lo jurado se tiene por verdad*; porque tal juramento es como una transacion: razon que no asiste en el juramento que defiere el juez de oficio, como son el purgatorio y el supletorio; aunque no obsta para que pueda incoarse el pleito. ✠

★

»Por derecho español, la *ley* 2. *tit.* 21. *partida* 4., establece la inge»nuidad en los mismos casos que el derecho romano; pero nada de esto »tiene lugar en el dia, segun se ha dicho en el §. 86.»

TITULO V.

De los libertinos.

93. Los libertinos (*), en contraposicion á los ingenuos, son los libertados de una servidumbre legítima (**), *pr. Inst. e. t. l.* 6. *D. de stat. hom.*

(*) Se llaman *libertinos* con respecto á su estado, esto es, considerados en sus relaciones con los demas ciudadanos que nacieron libres, y *libertos* con relacion al patrono. Antiguamente era liberto el manumitido, y libertino el que nacia de liberto. Sueton. Claud. *cap.* 24.

(**) En lugar de la palabra libertados de que yo me sirvo, dice el testo, *manumissi*, lo que supondria una libertad adquirida por un acto formal; es verdad que por lo regular asi la obtenian los esclavos, pero como en ciertos casos pueden obtenerla sin ningun acto de manumision, me parece mas esacto usar de la palabra libertados, que indica la cesacion de la servidumbre, cualquiera que sea el modo de verificarse. Véase en el Digesto el tit. *qui sine manumisione ad libertatem perveniunt;* y en el §. 3. de *noxal act.* un caso en que se da libertad sin la voluntad y aun contra la voluntad del dueño. (*Nota del Trad.*)

94. *Manumision* es *dar ó dejar de mano* (*de manu datio*) (*) *pr. Inst. e. t.* Por *mano*, segun nuestro derecho y entre los antiguos se denota potestad, Livio, *lib.* 34. *cap.* 11.; y como los siervos son cosas, es claro que los amos pueden renunciar el dominio que tienen en ellos y darles libertad.

(*) Estas palabras no tienen ningun sentido, pero es facil darles el que deben tener completando, segun Ulpiano *fr.* 4. *de just. et jur.*, una frase truncada, leyendo: *de manumisio, id est, datio libertatis.* (*Nota del Trad.*)

95. Los modos antiguos y solemnes de manumitir fueron el *censo*, el *testamento* y la *vindicta*. Cic. *in Top. cap.* 2. Ulpian. *Fragm. tit.* 1. §. 8. Pero habiéndose abolido el *censo lustral* desde los tiempos de

---

94. *Dar de mano* (*de manu datio*) Asi leemos en muchos códices; pero tal locucion es bárbara. Mejor se espresa Cujacio, como se ve en otras partes: *Manumision es dacion de libertad.*

Renunciar) Una escepcion señala el §. 2. de la *Inst. Qui et ex quib. causs. manumitt. non poss.* á saber: que interesa al Estado que nadie use mal de sus cosas; por lo cual se restringen las manumisiones por las leyes Ællia Sensia y Fusia Caninia, de las cuales se tratará en los *tit.* 6. y 7.

95. *Censo lustral*) Era cargo de los censores hacer cada cinco años el censo de los ciudadanos Romanos, esto es, el inscribir en las tablas censorias los nombres de los ciudadanos, de sus hijos y mugeres, los campos, siervos y haberes que cada cual poseia, para imponer las contribuciones. *L.* 21. §. *fin. D. de ann. legat. L.* 32. *D. de usufr.* Despues de verificado el censo se ofrecia un sacrificio espiatorio, esto es, se purificaba el pueblo por medio de un sacrificio, y como esta ceremonia se verificaba cada cinco años se usó el nombre de *lustro* para designar un período de cinco años. *Konorius.*

Diocleciano, Censorin. *de die nat. cap.* 18., Constantino M. introdujo en su lugar la manumision hecha en las *sacrosantas iglesias*, *l.* 1. *y* 2. *C. de his qui in SS. ecles.*, cuyas leyes son las únicas que quedan de las tres constituciones que publicó sobre este objeto, segun dice Sozom. *Hist. eccles. lib.* 1. *cap.* 9. Y asi, omitido el censo, Justiniano agrega solamente este modo de manumitir á los demas, §. 1. *Inst. e. t.*

96. Los modos nuevos y menos solemnes fueron muchos (*), v. gr. por *carta*, *entre amigos*, §. 1. *Inst. e. t.*; por *convite*, Cay. *Inst. lib.* 1. tit. 1. §. 2.; por denominacion *de hijo*, §. 12. *Inst. de adopt.*

(*) No se crea que eran estos solo, pues tambien se hacian libres las esclavas, si el amo las ponia el vestido de las matronas, y se tenian por libres los siervos que por voluntad del amo firmaban sus testamentos. Quin. *declamac.* 341. y 342., ó aquellos á quienes cogia el dueño de la mano derecha haciéndoles dar una vuelta Apian. *de bello civ. lib.* 1. Tambien se reputaba como libre el muchacho á quien los venalicios ponian la bula y la toga pretesta. (*a*). Suet. *ilustr. orad. cap.* 1. Meril. *obs. lib.* 7. *cap.* 14.

(*a*) Llamáronse en Roma *Venalicios* ó *Mangones* los que hacian el comercio de esclavos. Por bula se entiende aquí el joyel ó globo que los romanos colgaban al cuello de los niños, cayéndoles sobre el pecho. Segun unos escritores, tenia la forma de un corazon, segun otros, tenia la figura circular y un corazon grabado. Los hijos de los libertinos y personas pobres llevaban este joyel de cuero. (*Nota del Trad.*)

97. Se libertaban por el *censo lustral* los siervos que por mandato de su señor asentaban sus nombres en el censo, Ulpian. *Fragm. tit* 1. §. 8., y despues asistian al lustro (*), Cic. *de Orat. lib.* 1. *cap.* 40 Pero este modo ya no se usaba en tiempo de Justiniano. (95.)

(*) Véase la nota final al §. 95.

98. La manumision en la iglesia *(in sacrosantis eclesiis)* se hacia llevando á ellas á los esclavos, particularmente en el dia de Pascua (Greg. Nyssen. *Orat. II. de Ressurr. Christi. l.* 7. *C. de fer.*); y dándoles libertad sus dueños en presencia de la plebe y de los obispos cristianos, que firmaban como testigos el acto de manumision, ó escritura

---

96. *De hijo*) Estos modos de manumitir se diferencian de los anteriores, no solamente en sus formas sino en sus efectos, pues los manumitidos por ellos no adquirian los derechos de ciudadanos romanos, sino que se hacian latinos ó dediticios.

Sus testamentos) Pues quien quiere lo consiguiente, quiere lo antecedente, y no pudiendo los testamentos ser firmados sino por hombres libres y ademas ciudadanos romanos, era claro que el dueño que queria que un siervo suyo firmase su testamento, queria que fuese libre para que pudiese firmar.

98. *Pascual*) No hay duda que se celebraba la manumision en los dias festivos y principalmente en pascuas de Natividad, segun las citas del autor y la *L.* 5. *Cod. Theod. de spectac.* Los nombres de los manumitidos en la iglesia se sentaban en las matrículas de la misma, segun Merill. *ad Inst.* §. 1. *e. t.*

Firmaban) Solian tambien abrirse las cuatro puertas de la iglesia para significar al libertino que ya podia marchar donde quisiese. Y de aqui se deriva el vocablo pasaporte de *patentibus ó passis portis.*

solemne, leyéndola al pueblo, *l.* 1. *C. de his qui in SS. eccles.* Jac. Gothofred. *á la l. un. C. Th. lib.* 4. *tit.* 7. *pag.* 355. *tom.* 1.

99. Los siervos se manumiten por testamento, porque son cosas (77.), y la ley de las doce tablas permite á cada uno disponer de lo que es suyo, *l.* 120. *D. de verb. sign.* Esto se hace ó *directamente* ó por *fideicomiso.* La manumision *directa* la hace el mismo testador, ó *espresamente* diciendo: *sea Sticho libre; ó tácitamente: sea Sticho heredero ó tutor de mis hijos;* porque queriendo que su siervo sea heredero ó tutor, tambien quiere que sea libre, §. 2. *Inst. qui et ex quib. causs. manumis. l. penult. C. de necess. serv. her. Inst.* §. 1. *Inst. qui testam. tut. dar. poss. l.* 32. §. 2. *D. de testam tut.* Por *fideicomiso* se verifica, cuando el testador manda que el heredero ó el legatario manumitan al siervo. §. 2. *Inst. de reb. sing. per fideic. rel.*

100. La manumision por *vindicta* era una accion legítima ó de ley (69. 2.), y asi se debia hacer con ciertas fórmulas y ritos delante del magistrado á quien competia la accion de la ley (*). Mas como tambien era un acto de jurisdiccion voluntaria, no era preciso que se hiciera en el tribunal, sino que el siervo estaba bien manumitido, aun cuando la manumision se hiciese al tiempo de ir el pretor ó el gobernador al baño ó al teatro, §. 2. *Inst. e. t. l.* 7. *D. de manumiss. vind.*

(*) El rito consistia en que el amo hiciese dar una vuelta al siervo, Pers. *Sat. V. v.* 75., le diera una bofetada, y despues le soltase de la mano, diciendo estas palabras: *quiero que este hombre sea libre.* Hecho esto, el lictor daba al siervo un golpe en la cabeza con una varilla que se llamaba *vindicta, de Vindicio,* siervo á quien se manumitió de este modo; Lib. *lib.* 2. *cap.* 5. *l.* 2. §. 24. *D. de orig. jur.* Heria la cabeza del siervo. Sidon. *Carm. II. ad Anthic. v.* 545. Cladion. *Consul. Honor. v.* 613. *y sig.*

101. Estos son los modos solemnes de manumitir. La manumision por *carta* se hacia sin solemnidad, y por esto los ausentes podian ser manumitidos de este modo (250.), *l.* 38. *pr. D. de adquir. vel amitt. possess.* Justiniano exigió despues la firma de cinco testigos, *l. un.* §. 1. *C. de Lat. libert. toll.*

102. El dueño manumitia *entre amigos*, cuando mandaba delante de cinco testigos que el esclavo fuese libre, *l. un.* § 2. *de Lat. libert. toll.*

103. Teniéndose antiguamente por indecoroso que el señor se sentase á la mesa con sus esclavos (*V. nuest. Antig. rom. e. t.* § 8.), se supuso que cuando lo hacia, les daba la libertad por *convite* (*). Cay. *lib.* 1. *Inst. tit.* 1. § 2.

(*) Muchos, pero con poca exactitud, refieren á esto las palabras del Salvador Lucas, *cap.* 12. *v.* 36.

104. Como antiguamente el siervo adoptado por el dueño se hacia libre, Justiniano, siguiendo á Caton y á otros antiguos, determinó que fuese libre el siervo á quien el amo daba por medio de los registros pú-

blicos el *nombre de hijo*; mas no por esto adquiria los derechos de tal, §. 12. *Inst. de adopt.*

105. Todos los manumitídos adquirian la libertad, y de cosas pasaban á ser personas. (76.) Antiguamente, segun lo dispuesto por Servio Tulio (Dionis. Halic. *lib.* 4. *pag.* 126.), no hubo diferencia alguna en la condicion de los libertinos, pues todos, no solamente adquirian la libertad, sino tambien los derechos de ciudadanos romanos. Cic. *pro Corn. Balb. c.* 24.

106. Mas luego que los dueños empezaron á manumitir tambien por causas leves á los esclavos mas indignos (Dion. Halic. *lug. cit. p.* 228.), llenándose la ciudad de multitud de hombres depravados, se mandó por la ley *Elia Sencia*, publicada á los 755 años F. R. en tiempo de los cónsules *Sext. Elio Caton y C. Sencio Saturnino*, que los siervos que hubieran sido públicamente azotados, presos, atormentados ó marcados con hierro por crímen ó por noxa, condenados á cadenas ó á ser víctima de las fieras, cualquiera que fuese el modo porque adquirian la libertad, no fueran de mejor condicion que los dediticios. Dio. Cas. *lib.* 55. *pag.* 556. Suet. Aug. *cap.* 40. Ulpian. *Fragm. tit.* 1. §. 1. Cay. *Inst. lib.* 1. *tit.* 1. §. 3., esto es, aquellos pueblos que se rendian á discrecion, entregando á los romanos sus personas y todas las cosas divinas y humanas. Car. Sigon. *derecho antiguo de Ital. lib.* 1. *cap.* 1. *pr.* 47.

107. Por la misma causa estableció despues la ley Junia Norbana, publicada á los 771 años F. R. en tiempo de los cónsules *M. Junio Silano* y *L. Junio Norbano*, que los manumitidos segun los modos menos solemnes, ó aquellos á quienes la ley Elia Sencia permitia quedar en libertad (*) no adquiriesen los derechos de ciudadanos, sino los de *los latinos coloniarios*, Ulpian. *Fragm. t.* 1. §. 10. Cay. *Inst. ibid.* §. 11. Véase nuestro comentario *á la l. Jul.* y *Pap. Popp. lib.* 2. *cap.* 10.

(*) Habia esclavos que estaban en libertad sin ser libres, y á causa de la tolerancia de su dueño gozaban de hecho de la libertad que no habian adquirido. El nuevo cambio de voluntad de su señor bastaba para reducirlos á su dominio; pero los pretores se oponian á ello, y obligaban al dueño á dejar vivir *in libertate* á los que habia puesto en tal estado, sin privarle no obstante de los demas efectos de la dominica potestad, como de la adquisicion de lo que ellos adquirian &c. La ley Junia Norbana declaró libres á estos esclavos; pero esta ley no quiso que gozasen de los derechos de ciudadanos romanos, como dice el testo, sino que les otorgó otros derechos particulares. Se les dió el nombre de *latinos Junianos*; el de latinos, porque fueron

---

104. *Era libre.*) Bastaba para manumitir de este modo cualquier demostracion que significase la libertad; asi vemos declarado libre el niño á cuyo cuello colgaba el señor la *bulla aurea*, insignia de los niños nobles. *V.* Sueton. *de clar. rhetor. cap.* 1. *

106. *Dediticios*) Se les decia tambien pasados bajo el yugo, porque se les obligaba á pasar por debajo de una horca ó patíbulo que se alzaba con tres palos. Los dediticios se diferenciaban muy poco de los siervos, pues estaban grabados con enormes tributos, y no gozaban de los derechos de testamentifaccion, de connubio y de contratacion. *

asimilados á los *latini coloniarii*, es decir, á los ingenuos que habian salido de Roma para establecerse en las colonias del *Lacio;* y se llamaron *Junianos* de la ley Junia que les habia concedido la libertad, sin los derechos de ciudad, asi que solo era un goce de libertad. El latino vivia libre, pero á su muerte se le reputaba como si nunca hubiera dejado de ser esclavo, y el patrono ejercia en sus bienes los derechos de un verdadero dueño. §. 4. *de sucess. libert.* Cayo, 3. *Inst.* 56. (*Nota del Traductor.*)

108. De aqui fue que los libertinos se consideraron en tres estados; á saber: los que adquirian una justa libertad (*) y se hacian *ciudadanos* romanos, los que se llamaban *latinos junianos*, y los *dediticios*, §. 3. *Inst. e. t.*

(*) El antiguo derecho civil no consideraba como verdaderamente libres, como adquiriendo una servidumbre justa, sino á los que habian sido manumitidos por alguno de los modos solemnes. (*Nota del Traductor.*)

109. Los *ciudadanos* gozaban de los derechos de connubio, de contrato, de testamentifaccion, y de otros que pertenecian al derecho público y privado de los romanos. Los *latinos* participaban en cierto modo del derecho de propiedad. (Ulpian. *Fragm. tit.* 19. §. 4. *tit.* 20. §. 8.); pero no del de testamentifaccion ni de connubio, á no ser que este se les hubiese concedido especialmente, Ulp. *tit.* 17. § 1. y *tit.* 5. §. 4. Los *dediticios* no gozaban de ninguno de estos derechos, y no tenian ni aun la esperanza de aspirar á mejor condicion ó á una justa libertad.

110. Mas Justiniano abolió primeramente esta diferencia, §. *ult. Inst. e. t. l. un. C. de Lat. lib. toll. y l. un. C. de dedit. lib. toll.*, y despues concedió á los libertinos la *ingenuidad* y la dignidad ecuestre (*jus aureorum anulorum*), (*) de suerte que á escepcion del *derecho de patronató*, casi abolió toda la diferencia que habia entre ingenuos y libertinos. *Novela* 78. *cap.* 1.

(*) Los anillos de oro eran uno de los distintivos de los caballeros romanos (*Nota del Traductor.*)

---

109. *Y de otros*) Tales eran los derechos de libertad, de patria potestad, de familia, el de propiedad, de usucapion, de tutela, que eran particulares; y los de ser inscriptos en el libro del censor; de servir en los ejércitos; de pagar tributos, de votar en las asambleas ó juntas populares; de obtener los cargos públicos del Estado, y el de los ritos ó ceremonias del culto religioso, entre los públicos; de todos los cuales trata Heinecio en sus *Ant. Rom. apend. lib.* 1. *cap.* 1. Los peregrinos por el contrario, no gozaban de estos derechos.

De testamentifaccion) De lo que se seguia que volviesen sus bienes á los que los habian manumitido, por derecho de peculio, como señores mas antiguos. §. *ult. de la Inst. de las Sucess. de los libert.* Pero bien podian los latinos percibir por su propia condicion los fideicomisos, no los legados que se les dejasen, puesto que disfrutaban de todo lo perteneciente al derecho de gentes, entre lo que se contaba los fideicomisos Ulp. *tit.* 25. §. 7. Jos. Fer. de Retes. *Analect. lib.* 3. *exc.* 3.

110. *Dió*) Y aun á algunos prometió la restitucion del nacimiento, (*a*) ó como el mismo decia, la regeneracion, que consistia en quedar libres hasta de prestar los derechos de patronato; acerca de esto vemos un *tit. en el D. De restitutione natalium.*

111. Antiguamente existieron relaciones muy estrechas entre el manumisor y el liberto. Este debia á aquel el ser persona, pues antes era cosa. De aqui fue que el patrono se consideró como su padre y próximo agnado, cuyo nombre tambien solia tomar. *Lactanc. Inst. divin. lib. 4. cap. 3. l. 94. D. de leg. 3. l. 88. §. 6. D. de leg. 2. l. 108. D. de condic. et dem.* Vinn. *al princ. Inst. de success. libert.*, y lo que notamos alli, *pag*. 566.

112. Los manumisores se consideraban como padres respecto de los libertos, y de aqui se siguió; 1.° que los *directamente* manumitidos en testamento no tuviesen patrono, mas los que hubiesen conseguido la libertad *indirectamente*, esto es, por medio de fideicomiso, debiesen al heredero ó al legatario los derechos de patronato. De aqui es que aquellos se llaman libertos *orcinos*, porque su patrono yace en el *orco*, esto es, en las regiones inferiores. Cuyac. *obs. lib. 3. cap.* 23. 2.° Que debiesen á sus patronos respeto y reverencia, *l. 9. D. de obseq. parent. et patr. præst.*; 3.° que estuviesen obligados á prestar las obras oficiales, *l. 9. §. 1. D. de oper. libert.*, pero no las fabriles, á no ser que se debiesen por promesa ó juramento, *l. 3. pr. l. 5. l. 7. §. 3. D. lug. cit.*; 4.° que muerto el liberto sin sucesion, el patrono le sucediese abintestato, *pr. Inst. de succ. libert.*; 5.° que el liberto dueño de mas de cien aureos, que no tenia prole (*) estuviese obligado á dejar la tercera parte de sus bienes al patrono, y sino lo hacia, se diese á este la posesion *contra tabulas* de dicha parte de bienes, §. 3. *Inst. de succ. libert.*; finalmente, 6.° que los derechos de patronato en cuanto á las obras oficiales pereciesen por cualquier *capitis diminucion*, y los demas por la máxima y la media, §. 1. *Inst. de adquisit. per arrogat.*

(*) Cada aureo valia cien sestercios: el aureo equivale á 72 reales de nuestra moneda y el sestercio á 10 ochavos.

113. «Nuestras leyes de Partida reconocen la mayor parte de los »modos menos solemnes que usaban los romanos para manumitir, á

(*a*) Por restitucion de nacimiento se entiende, la restitucion de uno á su primitivo estado, no al en que nació cuando siervo, sino al primitivo estado que tuvieron todos los hombres. Esta restitucion daba mas derechos que la gracia del orden ecuestre; pues los que adquirian esta última dignidad gozaban privilegios de ingenuos, pero sin perjuicio del derecho de patronato de sus patronos; y los que eran restituidos á su primitivo estado, eran considerados como ingenuos cual si nunca hubieran sido siervos. (*Nota del Traductor.*)

111. *Solia*) Y tambien el antenombre y el nombre gentilicio; pero retenian el cognomen que llevaban cuando eran siervos, como vemos en el siervo Tiron, que manumitido por Ciceron se llamaba Marco Tulio Tiron.

112. *Fabriles*) Se llaman obras oficiales las que se prestan por el respeto y consideracion debida, como por ejemplo, el acompañar al patrono; y fabriles las que pertenecian y eran propias del oficio del liberto; tales como, si era zapatero, la de hacer zapatos al patrono.

Por juramento) Esta promesa se hacia despues de la manumision; prestado el juramento, los declaraba libres el pretor, lo cual omitiéndose, no era considerado aun como libre el manumitido. *Estor.*

»que llaman aquellas leyes aforrar; ademas reconocen como medio de »conseguir la libertad, la delacion de ciertos crímenes; el recibir el »esclavo órdenes sagradas, sin contradecirlo el señor, el andar como »libre diez años con buena fe, ó treinta sin ella &c. &c. Véanse las leyes »1. hasta la 7. *tit.* 22. *Partida* 4. Pero no reconocen ninguna diferen»cia entre los libertinos, cuya condicion es igual, y comun á todos la »denominacion de aforrados que les dan las leyes de Partida.»

TITULO VI.

Quiénes y por qué causas no pueden manumitir.

114. La ley Elia Sencia fue, segun digimos (106.), la primera que coartó la amplia facultad de manumitir concedida á los romanos, por el abuso que de ella hacian. Dio. Cass. *lib.* 55. *pag.* 556.

115. La ley Elia Sencia contenia entre otros capítulos los dos siguientes (*), á saber: 1.º *que ninguno manumitiese en fraude de los acreedores*, *pr. Inst. e. t.*; *y* 2.º *que ningun amo menor de veinte años pudiese manumitir sino bajo ciertas condiciones*, §. 4. *Inst. e. t.*

(*) No constaba solamente de estos dos capítulos la ley Elia Sencia, como muchos han creido, sino tambien de otros varios que á cada paso se mencionan en *nuest. Antig. Rom. est. tit.* §. 3. *y sig.* Justiniano solamente habla de estos dos, porque son los únicos que vienen al caso. En la tercera edicion de *nuest. Antig. Rom. de este tit.* se encuentra esta ley íntegra y ordenada.

116. Por el primer capítulo se mandó que *la manumision hecha en fraude de los acreedores fuese nula*, *pr. Inst. e. t. l.* 16. §. 2. D. *qui et à quib. manumiss. lib.* Por tanto los manumitidos quedaban siendo siervos (*), pues la libertad una vez dada no podia revocarse por la ac-

(*) Los antiguos jurisconsultos, y aun los mismos príncipes, hablan impropiamente cuando dicen que la libertad se *rescinde* por la ley Elia Sencia, *l.* 5. §. 2. *D. qui et à quib. manumiss.*; que se *retrae*, *l.* 45. §. 3. *de jur. fisc.* y aunque se *revoca*, *l.* 1. *C. qui manum. non poss.* Sin embargo, yo no diré con Fr. Prooco que Justiniano erró en este párrafo.

---

114. *Elia Sencia*) Y por otras varias. Asi era que la muger de quien se sospechaba haber cometido adulterio no podia manumitir á los siervos, lo que se mandó con el objeto de que estos no se sustrajesen del tormento. *L.* 12. §. 1. 2. *D. qui et à quibus manumiss. libert. non fiant.* ✱

115. *Manumitiese*) Este capítulo habla acerca de las manumisiones entre vivos. Se dice que manumite en fraude de los acreedores el que lo hace cuando no tiene con que pagarles, ó el que queda insolvente por manumitir. §. 3. *Inst. e. t.*

Bajo ciertas condiciones) La causa de esta disposicion fue que los jóvenes constituidos aun en la patria potestad se valian de los siervos para contraer deudas, para engañar á sus padres y conciliar torpes amores, prometiéndoles por ello la libertad. Por cuyo medio como se redujesen á la pobreza, Augusto les coartó la libre facultad de manumitir por esta ley. ✱

cion Pauliana, por la cual revocan los acreedores las cosas enagenadas en fraude suya (**), *l.* 1. *D. de his quæ in fraud. credit.*

(**) La accion Pauliana solamente se daba contra el poseedor de la cosa enagenada que era sabedor del fraude, *l.* 1. *pr. l.* 6. §. 8. *y l.* 9. *D. quæ in fraud. cred.*; y el siervo manumitido no poseia la cosa enagenada, esto es, la servidumbre. Ademas, ni la libertad que adquiria el siervo era enagenada por el amo, ni aquel era siempre sabedor del fraude.

117. El fraude no solamente supone *afecto* ó intencion de dañar, sino tambien *efecto*; de suerte que dada la libertad quede insolvente el que manumite. §. 3. *Inst. e. t. l.* 10. *D. qui et à quib. manumiss.*

118. De aqui se sigue, que la manumision no se entiende hecha en fraude de los acreedores, cuando el manumitente cree que le quedan bienes con que pagar, aunque asi no sea, §. 3. *Inst. e. t.*; pero con respecto á la libertad que se deja por medio de fideicomiso, basta el efecto, aunque no haya ánimo de defraudar, *l.* 4. §. 19. *fin.* D. *de fideic. libert.*

119. Dedúcese tambien, que es válida la manumision si el dueño, aunque no tenga con que pagar, instituye *heredero necesario* á uno de sus siervos con libertad ó sin ella, careciendo de otro heredero instituido en testamento, §. 1. 2. *Inst. e. t.*; porque parece que no hace este nombramiento con ánimo de defraudar, sino de evitar la ignominia que recaeria sobre su memoria (*), §. 1. *Inst. e. t.*

(*) Era muy ignominioso que los acreedores tomasen posesion de los bienes, y que se vendiesen á nombre del difunto. Cic. *pro P. Quint. cap.* 15.; mas instituido un heredero necesario, los bienes se vendian, no en nombre del difunto sino del heredero.

120. Por el último capítulo se mandó: que el menor de veinte años no pudiera manumitir: sino era, 1.° por *vindicta*; (100.) 2.° en el *consejo*, el cual se compuso en Roma de cinco senadores y de otros tantos caballeros, v. gr. los decemviros nombrados para juzgar los pleitos; y en las provincias, de veinte y cinco recuperadores ciudadanos roma-

---

118. *Cree que le quedan bienes*) Lo cual puede acontecer á los comerciantes que calculan sus riquezas segun sus libros, si hicieron mal los asientos, ó si pereciese la nave en que venian los géneros que esperaban &c.

El solo efecto) La razon de esta diferencia parece ser porque la manumision que no se hizo por el testador, sino que aun tiene que hacerse por el heredero, como cuando dice el testador: *te ruego heredero que manumitas á Stico*, se turba ó disuelve mas facilmente que la que se hace por el mismo testador, como si dijese: *sea libre Stico*. Ulr. Huber. *Prelæc. ad Inst. e. t. n.* 2.

119. *De defraudar*) Pues aunque los acreedores perdian el precio del siervo manumitido, se compensaban de esto con la ventaja de tener una persona contra quien poder reclamar, la cual tenia que transigir ó que cederles los bienes.

120. *En el consejo*) Pues fuera de este caso se podia manumitir ante el pretor cuando iba al baño ó al teatro &c. Otros autores nombran en lugar del pretor á los asesores de este. Véase Hub. *Prælect. ad Pand. tit. de offic. ad sess.*

De veinte y cinco recuperadores) No de veinte y cinco, sino solo de veinte. Recu-

nos; Ulpian. *tit.* 1. §. 12. 13., Ger. Noodt. *de jurisd. lib.* 1. *cap.* 12; 3.º por *justa causa*, §. 4. *Inst. e. t.*, la que aprobada una vez, aunque despues apareciese falsa, no se invalidaba la libertad, §. 6. *Inst. e. t.*

121. Por justa causa se entendia hecha la manumision en favor del padre ó de la madre, del hijo ó hija, hermanos ó hermanas, pedagogo, nodriza, ayo, alumno ó alumna, hermano de leche, siervo mayor de diez y siete años manumitido para nombrarle procurador (*), ó finalmente de la esclava para casarse con ella dentro de seis meses, á no ser que impidiesen la celebracion del matrimonio causas justas (cuales son las de la *l.* 17. D. *de sponsal.*) (**), §. 5. *Inst. e. t. l.* 9. *l.* 11. *sig. de manumiss. vind.*

(*) Para pleitos sin duda, pues para negocios estrajudiciales no se necesita la libertad ni la edad de diez y siete años. Arg. *l.* 7. §. 1. 2. *l.* 8. *D. de institor. ac Voec. elem. jur. e. t.* §. 4.

(**) No todas estas causas se derivan de la ley Elia Sencia, pues en aquel tiempo ningun ciudadano podia casarse con libertina. Esto se concedió despues por la ley Papia Poppea en el año 762 F. R. Dio. Cass. *lib.* 54. *p.* 831. Segun dice Ulpiano, *l.* 13. *D. de manumiss. vind.*, este derecho emanó mas bien de algun senadoconsulto.

122. Justiniano revocó este último capítulo, estableciendo que cualquiera mayor de diez y siete años pudiese manumitir *entre vivos*, § *ult. Inst. e. t.*; y por *testamento*, todo el que tuviere la edad necesaria para testar. *Nov.* 119. *cap.* 2.

---

peradores eran los jueces que el pretor nombraba para que juzgasen las controversias relativas á las propiedades. Se llamaban asi porque cada cual recobraba por ellos lo que era suyo. Ulp. *d. lug.* Teoph. *Paraph. Inst. h. t.* §. 4. y Gothof. *en las not.*

Ciudadanos romanos) Pero no peregrinos, aunque asi lo escriba Theof. *d.* §. *h. t.*, á no entenderlo en el sentido de que juzgaban á los peregrinos; asi como se dió el nombre de peregrino á un pretor romano, porque casi siempre juzgaba á peregrinos. Asi defiende á Teof. contra Fabroto y otros varios Schultingio á Ulp. *tit.* 1. §. 113.

No se invalidaba) El decreto del magistrado dado con conocimiento de causa, tiene la fuerza de cosa juzgada, la cual se reputa por verdad y no puede ser invalidada aunque despues aparezca falsa la causa. *

121. *O hermanas*) Podia suceder este caso, si el dueño instituia heredero al siervo Stico, á quien vivian sus padres, hermanos y hermanas, pues entonces todos estos eran siervos suyos, puesto que como heredero sucedia en todos los derechos de su señor difunto. *

Procurador) Pero no bastaba que lo nombrase para un solo negocio, sino para pleitos y otros asuntos. Cuj. ad *Inst.* y Vin. Estor.

Para casarse con ella) Pues nadie puede casarse con una sierva, mas sí con una libertina. *L.* 23. *D. de rit. nup.* *

122. *Pudiese manumitir*) Pero exigiendo el consentimiento del curador, que no lo prestara tan facilmente ni tan sin peligro, si advirtiere que se empobrecia el menor. *

Entre vivos) La doctrina del autor con respecto á la manumision hecha en testamento es esacta; pero con respecto á la que sienta acerca de la manumision entre vivos, no se deduce tan claramente del §. citado, del cual disiente Teófilo. Estas son sus palabras: *el menor de veinte años no manumite entre vivos; pero sí por testamento cumplidos 17 años: igitur annis viginti minor inter vivos non manumit, in testamento autem post decimum septimum annum hic faciet.*

TITULO VII.

Revocacion de la ley Fusia Caninia.

123. Siendo tan liberales los romanos para manumitir entre vivos, (106.), facil es de concebir que todavia lo fueron mucho mas al tiempo de su muerte. En tal estado solian dar la libertad á sus esclavos en recompensa de los servicios que les habian hecho, para pasar á la posteridad con el nombre de generosos, y para tener en sus funerales una comitiva numerosa de libertos (*pileati*). (*) Dion. Halicarn. *lib.* 4. *página* 228.

(*) Se llamaron asi por el gorro ó bonete (*pileum*) que llevaban en la cabeza. (*Nota del Traductor.*)

124. Augusto para impedir que estos indecentes libertinos empañasen el honor y decoro de la república, pensó coartar la licencia de manumitir. Suet. *Aug. cap.* 40.; lo cual se ejecutó por la ley *Fusia Caninia*, publicada á los 751. años F. R. en tiempo de los cónsules *Sexto Fusio Camilo* y *C. Caninio Galo*. Véanse las *Antig. Rom. e. t.* §. 1.

125. Por ella se mandaba: 1.° que el que no tuviese mas de diez esclavos pudiera manumitir hasta la mitad; que el que tuviese treinta hasta la tercera parte, el que ciento hasta la cuarta, el que quinientos hasta la quinta, no pudiendo el testador libertar en ningun caso mas de ciento; 2.° que si alguno manumitia un número mayor, solamente se libertasen los primero nombrados; 3.° que en el caso de manumitirse mas del número justo, sin exhibir los nombres de cada uno ó inscribiéndoles en un círculo (*orbe tereto*), ninguno fuese libre. Ulp. *Fragm. tit.* 1. §. 24. Paul. Sentec. *reç. lib.* 15., Cay. *Inst. lib.* 1. *tit.* 2. §. 1.

(*) La esplicacion estensa del círculo tereto se puede ver en las *Obs. lib.* 7. *cap.* 40. *de* Em. Meril.

126. Mas esta ley tan saludable á la república fue derogada por

---

125. *No se nombraban*) Como por la ley Caninia á nadie se permitia manumitir á todos sus siervos por testamento, era necesario que se nombrase á los que se queria manumitir, v. gr. *Sean libres Damas y Stico.* Y si habia muchos Sticos ó Damas, y no aparecia á quien habia querido manumitir el testador, ninguno adquiria la libertad. *L.* 31. *D. de manumiss. testam.* Alcand. *ad Cujum. lug. cit.*

En un círculo) Los antiguos usaban muchas veces de este medio, y tambien en la institucion de varios herederos cuando no querian preferir ninguno á los demas, sino honrar á todos igualmente. De suerte, que lo que les era lícito en la institucion de heredero, lo verificaban en fraude de la ley Fusia Caninia, con respecto á las manumisiones. Y asi nadie conseguia la libertad porque no se sabia quienes habian sido nombrados primera ó últimamente, puesto que en el círculo no aparece principio ni fin. Schulting. *ad Cuj. lug. cit.*, el cual anota á Merill á quien cita el autor.

126. *Saludable*) Asi era en efecto, pues en los tiempos de Justiniano interesa-

Justiniano, fundándose en la futil razon de que á los moribundos se debe conceder lo mismo que á los que estan sanos, §. *un. Inst. e. t.*

TITULO VIII.

De las personas de su derecho ó de ageno derecho.

127. Hasta aqui se ha tratado de la primera division de las personas, á saber, en *libres* y *siervos.* (78.) Síguese otra division en personas *de su derecho* ó *de ageno derecho*, la cual pertenece al estado de familia, *pr. Inst. e. t.*, y es mas estensa que la primera, porque todos los hombres de su derecho son libres, y todos los siervos son de ageno derecho; pero no todos los libres son de su derecho, ni todos los de ageno derecho son siervos.

128. Son *de su derecho* los que *no dependen ni de la dominica ni de la patria potestad.* Son *de ageno derecho* los *que estan sujetos á otro.* Aquellos se llaman *padres* ó *madres de familia*; estos, *hijos* ó *hijas de familia*, *siervos* ó *siervas*, *l. 4. D. e. tit.* En este título se tratará de la *dominica potestad*, y en el siguiente de la *patria.*

129. Los esclavos eran cosas *mancipi*, y por consiguiente estaban bajo del *dominio quiritario* (*), Ulpian. *Fragm. tit* 1. §. 16.; de suerte que el dueño tenia sobre los siervos el mismo derecho que sobre las demas cosas sujetas á su dominio.

(*) El dominio quiritario consistia en aquellas cosas que se habian adquirido con todas las condiciones exigidas por derecho civil, y al contrario, se decia que un ciudano *tenia en sus bienes* las cosas adquiridas conforme al derecho de gentes. Ulpian. *l. reg.* 16. Cayo. 2. *inst.* 40.

130. Asi pues, 1.º el amo tenia: *derecho de vida y muerte* sobre el esclavo, §. 1. *Inst. e. t. l.* 1. §. 1. *D.*; 2.º los siervos estaban en *co-*

---

ba á la república dar la libertad á los menos esclavos que fuera posible, como el mismo autor advierte en su *Defens. compil. jur. Rom.*

127. *Se estiende mas*) Ambas divisiones tienen igual estension, puesto que comprenden á todos los hombres; pero asi como el primer miembro de la division primera es mas estenso que el primero de la segunda, asi por el contrario el segundo miembro de la posterior es mas lato que el posterior de la primera.

128. *No dependen*) La potestad de que aqui se habla no es la que pertenece á los tutores. Distinguen los jurisconsultos entre la potestad adquisitiva y la directiva. La que se concede á los tutores es la segunda, y aqui se habla de la adquisitiva, cual era antiguamente la marital, puesto que las mugeres que se casaban, eran con respecto á sus maridos hijas de familia. Véanse nuest. *Antiq. Rom. tit. de nupt.* §. 5.

Padres ó madres de familia). Cualquiera que sea su edad, tengan ó no hijos, pues se llama padre de familias cualquiera que puede adquirir. *L.* 195. *D. de verb. signif.*

De la patria potestad) Teófilo llama á esta potestad *suma potestad*; los jurisconsultos le dan algunas veces el nombre de *magestad.* Homero llama al padre de familia el rey de la casa. *Estor.*

130. *En los siervos*) No quiere esto decir que los dueños tuviesen una licencia

mercio, por lo que podian venderse, donarse, legarse, y transferirse á otros por cualquier título; 3.º los siervos no tenian nada propio, pues todo lo que adquirian de cualquier modo que fuese era para su señor. Véase el *lib.* 2. *tit.* 9.

131. Pero como el derecho de vida y muerte degenerase paulatinamente en una cruel licencia de castigar, Senec. *de ira*, *lib.* 3. *cap.* 4. *de clement. cap.* 18., Plin. *hist. nat. lib.* 9. *cap.* 23., y como interese al estado que nadie abuse de sus cosas, el legislador quitó á los amos el derecho de vida y muerte, §. 2. *Inst. e. t.*, condenándoles por la ley Cornelia á deportacion ó á último suplicio si mataban á un siervo, ya fuese propio ya ageno (*), §. 2. *Inst. e. t. l.* 1. §. 2. *l.* 16. *D. ad leg. Corn. de sicar.*, á no ser que tuviesen justa causa, v. gr. si matase el señor á un esclavo á quien sorprendió asechando contra su vida ó cometiendo adulterio, *l.* 53. §. 3. *D. de leg.* 1. *l.* 96. *D. de verb. oblig.* §. 2. *Inst. de leg. Aquil. l.* 24. *D. pr. ad leg. Jul. de adult.*.

(*) Aunque no se ha privado á los amos del derecho de castigar á los esclavos, *l. un. C. de emend. serv.*, sin embargo, se favorece á los siervos maltratados cruelmente por el dueño, como se puede ver en el §. 2. *Ins. e. t. l.* 2. *D. e. t.*

132. «Nuestras leyes de Partida reconocen tambien la potestad do-»minica. Conceden pues, á los dueños un poder cumplido para hacer »de sus siervos lo que quieran, pero les prohiben matarlos, y tratarlos »con crueldad, debiendo en caso de requerirse castigos de esta clase »dar parte á la justicia. Véase la *ley* 6. *tit.* 22. *Part.* 4. y la real cé-»dula de 31 de mayo de 1789, que marca las penas que se imponen »al dueño que se esceda en los castigos. Tambien se concede á los due-»ños por nuestras leyes la adquisicion por medio de los esclavos, si

---

ilimitada para matarlos, sino que eran jueces domésticos de sus siervos, pudiendo castigarlos con pena capital cuando lo mereciesen por sus delitos. Véase á Grot. *de jur. bell. et pac. lib.* 3. *cap.* 14. *

131. *Degenerase*) Especialmente cuando considerándose, segun la doctrina de los estóicos, todos los delitos iguales, eran crucificados los siervos por las menores faltas. *Estor.* Degeneró la potestad de los dueños en bárbara licencia de castigar con el acrecentamiento de las riquezas, pues entonces se miró con desprecio y se tuvo por vil el alma de un siervo. Juv. *sat.* 6. *v.* 219. *y sig.*

Pone crucem servo: meruit quo crimine servus
Supplicium? quis testis adest? quis detulit? audi,
Nulla unquam de morte hominis cunctatio longa est.
O demens, ita servus homo est? nil fecerit, esto:
Hoc volo, sic jubeo, sit pro ratione voluntas. *

A los dueños) Establecieron esto los emperadores, ya porque les estorbaba tal multitud de siervos, ya porque no les convenia que fuese tan desmedida la potestad de los padres de familia en un estado monárquico.

* *Por el dueño*) Si el dueño maltrataba inmoderadamente á los siervos podia ser obligado á que los vendiese si le hacian buenas proposiciones. Teófilo numera cuales se entiendan tales, *e. t.*

»bien se permite á estos algun tiempo para ocuparse en beneficio y uti»lidad suya. *Real cedula cit.*

TITULO IX.

De la patria potestad.

133. No solamente los siervos son de ageno derecho, sino tambien los hijos é hijas de familia, *l. 4. D. de his qui sui*, porque estan bajo la patria potestad. (128.)

134. Aunque esta potestad es por su naturaleza de derecho de gentes, *l. 2. de just. et jur.*, en cuanto á su forma es un derecho propio de los ciudadanos romanos, pues nadie ha usado de este derecho del modo que lo hicieron ellos (*) §. 2. *Inst. e. t.*

(*) Asi lo demuestra Dionys. Halicar. en la bella comparacion que hace entre griegos y romanos en el *lib. 2. pag. 96.*

135. En primer lugar los hijos de familia eran ingenuos y ciudadanos, mas no padres de familia. Se reputaban como personas respecto de otros ingenuos y ciudadanos (en lo que se distinguian de los siervos), mas no del *padre*, respecto al cual se consideraban cosas *mancipi* (*) lo mismo que los siervos.

(*) Podian manciparse como las cosas *mancipi*, Cay. *Inst. lib. 1. tit. 6. §. 3.*; podian vindicarse, *l. 1. §. D. de rei vind.*; si alguno los hurtaba podian ser reclamados con la accion de hurto, *l. 14. §. 13. y l. 38. §. 1. D. de furt.* Bynkeshoek *de jur. occid. lib. cap. 1. pag. 145.* Todo lo cual tiene lugar en las cosas y no en las personas.

136. Y asi la *patria potestad* no es otra cosa que el *dominio quiritario que compete al padre sobre los hijos.* Bynkershoek, *ibid.* No pertenecia á la madre, porque ella misma estaba por derecho antiguo bajo la potestad del marido, como si fuera hija de familia. Véase nuestro comentario á la *l. Jul. y Pap. Popp. lib. 2. cap. 12. p. 138.*

---

133. *Patria potestad*) Se llama patria, porque por derecho romano residia solamente en el padre toda la potestad sobre los hijos: los cuales no obstante estaban obligados á reverenciar á su madre. En el *D.* se halla un título que trata *de obsequiis parentum et patronorum.*

134. *El derecho de los ciudadanos romanos*) El cual se compone en parte del derecho escrito y en parte del no escrito. Merill. *Obs. lib. 2. cap. 4.*

135. *Mancipi*) Por lo cual los hijos estaban en su dominio lo mismo que los siervos. Facilmente se deducirá, pues, la razon porque no cesaba la potestad patria entre los romanos, aunque cesase la educacion, y por qué se estendia hasta los nietos; pues se presume que de aquel de quien es el padre, son tambien los hijos de este.

136. *Quiritario*) Pues aunque los naturales de las provincias que no eran ciudadanos romanos tenian ciertos derechos en sus hijos, no adquirian la patria potestad de los romanos sino que disfrutaban de tales derechos segun las leyes de su patria, ó del derecho de gentes.

En los hijos) Es un axioma de derecho, que el que está en la patria potestad de otro no puede tener á nadie en la suya. *L. 31. D. ad leg. Jul. de adult.*

137. Por tanto el padre, y no la madre, tenia sobre los hijos el mismo derecho que un amo sobre sus cosas (129.) ó siervos (*).

(*) La patria potestad era en ciertas cosas mas dura que la dominica, pues vendido el hijo tres veces, y manumitido dos, aun recaia bajo el poder paterno. *Sig. Conf.* Ger. Noodt. *Probabil. lib.* 2. *cap.* 9. *p.* 64.

138. De cuyo principio se deduce claramente: 1.° que los padres tenian *derecho de vida y muerte* sobre sus hijos, *l.* 11. *D. de liber. et posthum.* Dionys. Halic. *lib.* 2. *p.* 96. (*); 2.° que podian venderlos hasta tres veces, segun lo establecido por Rómulo, pues aunque el hijo fuese vendido dos veces y manumitido otras tantas, siempre recaia bajo la patria potestad, siendo necesaria la tercera manumision para que llegase á ser hombre de su derecho, Dionys. Halicar. *lib.* 2. *p.* 97.; 3.° que el hijo ó hija podian *darse como noxa* lo mismo que el siervo, §. 7. *Inst. de noxal. act.*; 4.° que todo lo que adquirian los hijos era para los padres. Véase el *lib.* 2. *tit.* 9.; 5.° que no solamente estaban bajo la patria potestad los hijos y las hijas, sino que tambien los nietos y nietas, biznietos y biznietas habidos de estos hijos estaban bajo la potestad del abuelo ó bisabuelo paterno, §. 3. *Inst. e. t.*

(*) No porque les fuese lícito matar indistintamente á los hijos inocentes, sino porque podian castigarlos como jueces ó magistrados *domésticos*, segun los llama Senec. *Contr. lib.* 2. *contr.* 3. *lib.* 3. *cap.* 2. *de benef.*; ó como censores de sus hijos, segun Sueton. *Claud. cap.* 16. Véanse nuestras *Antig. Rom. e. t.* §. 5.

139. Estos son los efectos del dominio; mas como los hijos no son personas respecto del padre sino cosas (135.), se sigue: 6.° que el padre y el hijo se tengan *por una persona* en los asuntos privados (*), *l. ult. C. de impub. et al. subst.*; 7.° que entre ellos no se dé accion, *l.* 4. *D.*

---

137. *No la madre)* En el estado natural tiene la madre asi como el padre potestad en sus hijos, supuesto que ambos intervinieron igualmente en la procreacion de la prole. Pero el derecho civil se la dió solamente al padre, á quien le corresponde por la dignidad y prudencia que acompaña á su sexo.

158. *Tres veces)* Jac. Gothofredo en las notas á las leyes de las doce tablas juzga que habla esta ley de la venta imaginaria cual se hacia en la adopcion y en la emancipacion. Mas como por la ley 2. *C. de patrib. qui fil. distrax.*, coartase el derecho antiguo á sola la venta de los hijos recien nacidos, y no hable de la venta imaginaria sino de la verdadera, es claro que estas antiguas leyes trataban de la venta verdadera. *

Darse como noxa) Dar en noxa era entregar al hijo ó siervo que habia cometido algun delito privado, como hurto, rapiña daño ó injuria; á disposicion del dañado para que se satisfaciera del perjuicio ó injuria recibida. *

* *Ejemplos)* Entre los cuales sobresale particularmente el de Fulvio, que refiere Salustio de *bell. Catilin. cap.* 39., el cual condenó á muerte á su hijo que complicado en la conjuracion se refugió en su casa. *

139. *Por una persona)* Sin embargo se distingue en muchos casos la persona del hijo de la del padre. Véase Merill. *Obs. lib.* 3. *cap.* 4.

* *Accion)* Tampoco daban los Griegos al hijo mas accion contra el padre que la de demencia, Curt. Fortunat. *Reht. lib.* 1. Sopat. *de div. quæsi.*

de judic.; 8.° ni *obligacion*, §. 6. *Inst. de inutil. stipul.*; 9.° oficio y utidre pueda *nombrar tutor* á sus hijos, §. 3. *Inst. de tutel.*; 10. tituirlos pupilarmente, *pr. Inst. de pupll. subst.*; 11. que los hij puedan contraer nupcias, *pr. Inst. de nupt.*, recibir dinero prest ni hacer cosa alguna de importancia sin *consentimiento del padre*. Despues demostraremos en sus respectivos lugares que todas estas consecuencias nacen del referido principio.

(*) Pero no en los negocios públicos. Pues aunque el hijo de familia se considera como cosa respecto de su padre, por lo demas goza de ingenuidad y de los derechos de ciudad (135.), y asi en cuanto á los cargos públicos se tiene como padre de familia, *l.* 9. *D. de his qui sui vel al. jur.* Los derechos de padre, segun dice Gel. *lib.* 2. *cap.* 11., deben cesar cuando se comparan con la potestad conferida al hijo en virtud de la magistratura. Véase la *l.* 13. §. 5. y *l.* 14. *D. ad SC. Trebel.* ilustradas por Bynkershoek, *obs. lib.* 1. *cap.* 18. *pag.* 75.

140. Este poder se fue disminuyendo poco á poco; y asi es: 1.° que el padre ya no tiene el derecho de vida y muerte, sino la facultad de castigar moderadamente, *l.* 3. *C. de patr. pot. l. un. C. de emend. propinq. l. un. C. de his qui par. vel lib. occid.*, y de prescribir la sentencia al magistrado en los delitos atroces, *l.* 3. *C. de patr. pot.*

141. 2.° Por derecho nuevo el padre solo puede vender en la última necesidad á los hijos sanguinolentos, *l.* 2. *C. de patr. qui fil. distr.*, esto es, á los recien nacidos. Ulr. Huber. *Digres. lib.* 2. *cap.* 5.

142. 3.° El derecho de adquirir por medio de los hijos tambien se restringió mucho con la institucion de los peculios, de que se hablará en el *lib.* 2. *tit.* 9.

143. Finalmente, el §. 7. *Inst. de noxal. act.*, prohibe que los hijos ó hijas de familia se entreguen como noxa.

Obligacion) De suerte que aunque v. g. diese algo el padre al hijo, no se transferia el dominio por aquella donacion, sino que lo donado constituia el peculio profecticio del hijo, permaneciendo siempre su dominio á favor del padre. *

Nombrar tutor) Esto se deriva de las mismas leyes de las doce tablas, cuyas palabras se citan en el §. 208. *

De importancia) Si se esceptua los casos de contraer matrimonio y de recibir en mútuo, en todo lo demas no hay duda que el hijo de familias de edad legitima queda civilmente obligado. Pero el padre no quedaba obligado regularmente por el contrato del hijo, sino con respecto al peculio de este: ni podia ejecutarse contra el hijo, sino era padre de familias, ó solamente con respecto al pecúlio castrense, cuasi castrense ó adventicio pleno.

140. *Y muerte)* Aun se encuentran vestigios de este antiguo derecho en la *L.* 20. *ad leg. Jul. de adulter.*, en la que se ve que puede matar el padre á la hija que estaba cometiendo adulterio, juntamente con el adúltero. (Esta disposicion concuerda con la *ley* 14. *tit.* 17. *Part.* 7.)

Sentencia) En el dia el mismo juez prescribe la sentencia, con conocimiento de causa, para evitar que el padre se muestre mas severo ó mas indulgente de lo justo. *

141. *A los recien nacidos)* Existian sin embargo leyes anteriores al tiempo de Justiniano por las que se prohibia tal venta, permitiéndose á los padres pedir alimentos del erario público. Véanse las leyes 1. 2. *C. Theod. de alim. quæ parent. ex publ. pet. deb.* *

137. Habiendo pues por derecho romano poca diferencia entre la mismo dica y la patria potestad, se sigue que los hijos, á la manera que siervos, ó *nacen* ó se *hacen*. *Nacen de legítimas nupcias*, con tal (*) de sean *dados á luz en tiempo legitimo*, *l.* 6. D. *de his qui sui vel al. ju. l.* 12. D. *de stat. hom. l.* 9. C. *de nupt. l.* 3. §. *pen.* D. *de suis et legit. hæred. Se hacen* ó por *legitimacion* ó por *adopcion*, *pr. Inst. e. t.* §. 13. *Inst. de nupt. pr. Inst. de adopt.* Asi pues, en el título 10. se trata de las *nupcias* y de la *legitimacion*, y en el 11. de la *adopcion*.

«En España el poder patrio no es tan ilimitado como en Roma. Se»gun nuestras leyes del Fuero Juzgo está prohibido á los padres ven»der ó dar á los hijos en prenda; la adquisicion por medio de los hi»jos se limitó tanto como en los últimos tiempos del imperio romano; »el derecho de vida y muerte residia en el juez y no en el padre, que »solo tiene el de castigarlos moderadamente. (*Ll.* 13. *tit.* 4. *lib.* 5. *y* 1. »*tit.* 5. *lib.* 4.) Sin embargo, una ley de Partida autoriza al padre para »vender y dar en prenda á sus hijos, en caso de suma pobreza, á fin »de que no mueran de hambre, *l.* 8. *tit.* 17. *p.* 4. Tampoco estan los »nietos bajo la potestad del abuelo, segun nuestras leyes, pues que »sale el hijo de la potestad de su padre por el matrimonio, *l.* 3. *tit.* 5. »*lib.* 10. *Novísima Recopilacion*."

»Acerca de los modos de adquirirse la patria potestad, señala nuestro »derecho los mismos que el romano, y añade el pleito en que se de»claró á alguno padre segun las leyes, y el yerro cometido por el hijo »contra el padre, por lo cual deba renacer aquel poder; si es que ta»les disposiciones pueden llamarse modos de adquirir la patria potestad. »(*l.* 4. *tit.* 17. *part.* 4.)"

TITULO X.

De las nupcias.

145. La reunion de los dos sexos es en sí de derecho natural y de gentes, *l.* 1. §. 3. *D. de just. et jur.*; pero recibió nueva forma asi de las *leyes romanas* como del derecho pontificio. Por tanto estas cosas deben considerarse separadamente.

146. Las nupcias son segun el derecho natural, la *reunion de los dos sexos con el fin de propagar su especie.* Entre los romanos fueron la *union del varon con la muger*, *el consorcio de toda la*

---

144. *Dados á luz en tiempo legítimo*) Se tenia por tiempo legítimo segun Hipócrates, el séptimo mes de contraido el matrimonio. *L.* 12. *D. de stat. hom.* Con respecto á las viudas, se tenia por legítimo el parto que se verificaba á los diez meses de la muerte del padre. *L.* 3. §. *penult. D. de suis at legit. hæred.* Asi pues, es hijo el que demuestra un matrimonio justo, aunque el padre no lo quisiera reconocer, y la madre fuese adúltera; con tal que no se pruebe la verdad, que vence á toda presuncion. *L.* 6. *D. de his qui sunt sui vel alieni jur.* (*)

vida, y la *comunicacion del derecho divino* (*) *y humano*, *l.* 1. *D. de ritu nupt.* Entre los canonistas son un *sacramento propio de los seglares*, *por el cual se reunen el hombre y la muger segun los preceptos de la iglesia*, *c. sicut* 2. *c.* 32. *q.* 2.

(*) Cuando la muger pasaba al poder del marido se hacia semejante á la hija de familia, y por consiguiente participaba de los dioses domésticos de él. Duar. *en el tit. D. solut. matr.* De aqui nació la necesidad de que la confarreacion (*a*) se celebrase por los pontífices. (V. *nuestras Antig. Rom. lib.* 1. *tit.* 2. §. 31.) De esta especie de nupcias resultaba una comunicacion de bienes semejante á la que existia entre el padre y los hijos sujetos á la patria potestad; comunicacion en verdad muy diferente de la que hoy se observa entre los cónyuges, y que desconocen nuestras leyes, *l.* 8. *C. de pact. con.*, á no ser que los cónyuges celebren espresamente una sociedad universal, *l.* 16. §. *ult. D. de alim. legat. l.* 17. §. 1. *D. sol. matr.*

(*a*) Se daba el nombre de *confarreacion* á una especie de matrimonio legal que se verificaba cuando los cónyuges eran unidos por el sumo Pontífice en presencia de diez testigos á lo menos, pronunciando una fórmula particular, y gustando una torta amasada con sal, agua y flor de harina, dicha *far* ó *panis farreus*, que se ofrecia en sacrificio á los dioses con un cabrito. Tambien era modo legal de contraer matrimonio por prescripcion (*usus*) cuando una hija de familia vivia un año entero con un hombre con intencion de matrimonio, sin ausentarse el marido por tres noches; y por compra venta (*coemptio*) en que el hombre y la muger se daban recíprocamente una moneda, pronunciando ciertas palabras: él la preguntaba si queria ser madre de su familia, y dando ella su consentimiento hacia igual pregunta al varon. (*Nota del Traductor.*)

147. Los romanos consideraron en esta union no solamente lo que era lícito por derecho civil, sino tambien lo que era propio de la honestidad y decoro, *l.* 42. *pr. D. de rit. nupt.* Los canonistas siguen las disposiciones de la iglesia.

148. Siendo las nupcias una *reunion*, es necesario: 1.° que intervenga el consentimiento de los contrayentes, *l.* 2. *D. de rit. nupt.*, sin que haya miedo, fuerza, *l.* 21. *D. l.* 14. *C. e. t.*, ó locura, *l.* 16. §. 2. *D. e. t.* Este consentimiento constituia por si solo, segun derecho romano las nupcias (*), *l.* 30. *D. de reg. jur. l.* 15. *D. de condit. et demonstr.*; de suerte que el concúbito y el sacar á la muger de su casa solo servian de complemento, y las prendas dotales de meros signos; pero ni una cosa ni otra pertenecian á la esencia de las nupcias, *l.* 22. *C. de nupt. l. penult. pr.* §. 1. *D. de donat. in vir. et uxor.* Mas por derecho canónico no gozan de los efectos eclesiásticos antes de la

---

147. *Consideraron*) De suerte que aunque no opusiesen impedimento las leyes, no se permitia el matrimonio si repugnaba á la honestidad. De lo que se ven varios ejemplos en el §. 9. *Inst. e. t.*

148. *Eclesiásticos*) El Concilio de Trento estableció que no fuese válido el matrimonio que no se contrajo ante el párroco ú otro sacerdote con su licencia ó del ordinario y dos testigos, como se practica. Los demas ritos eclesiásticos no pueden omitirse sin pecado; pero omitidos, no invalidan el matrimonio. Conc. Trid. *sess.* 24. *cap.* 1. *de reform. matrim.*

bendicion sacerdotal. De aqui la diferencia entre matrimonio *legítimo y rato*, *c.* 7. *y* 8. *X. de divort.* De aqui el tenerse por clandestino el matrimonio en que se omite la bendicion, *c.* 2. *y* 3. *X. de clandest. desp.*

(*) Sin embargo, las nupcias no son un contrato, pues este versa comunmente acerca de las cosas que estan en comercio, §. 18. *Inst. de inut. stip.*

149. Siendo el matrimonio la union del *varon* y de la *muger* para propagar su especie, se sigue: 1.° que el hombre debe ser puber y la muger viripotente, *pr. Inst. e. t. l.* 4. *D. lug. cit.*; esto es, que aquel sea mayor de catorce años, y esta mayor de doce, *pr. Inst. quib. mod. tut. finit.*: bien que el derecho canónico atiende mas á las disposiciones naturales que á la edad, *C.* 3. *X. de despons. impub.* 2.° que es ilícita la poligamia simultánea, §. 6. *Inst. e. t. l.* 2. *C. de incest. nupt. l.* 18. *C. ad leg. Jul. de adulter.* Lo cual se practica en el dia segun la institucion divina, Mateo 9. 8. *Genes.* 2. 18.

150. Finalmente, siendo las nupcias *el consorcio de toda la vida y comunicacion del derecho divino y humano* (146.); se sigue: 1.° que no pueden contraerse entre ciudadanos y peregrinos, entre siervos y libres, entre libres y siervas, y mucho menos entre siervos y siervas (*), sino solamente entre ciudadanos romanos, *pr. Inst. e. t. l.* 56. *D. sol. matr.* Mas por derecho canónico y por las costumbres que rigen, tambien los siervos pueden contraer matrimonio, *c.* 1. *X. conjug. serv.*; 2.° que los hijos ó hijas de familia no pueden casarse sin

---

Legítimo y rato) Matrimonio legítimo es el que se contrae segun el derecho de gentes y las costumbres del pueblo, v. g., entre los paganos ó judios. Legítimo y rato se dice aquel en que se observan los ritos prescritos por la iglesia.

Clandestino) Cujacio sienta tambien que entre los antiguos se reprobaron las nupcias furtivas y clandestinas. *Obs. lib.* 6. *cap.* 20.

Segun el Concilio de Trento solo se tienen por clandestinos los matrimonios que no se verifican segun se ha dicho en la nota al párrafo 148. *Eclesiásticos.* (*Nota del Traductor.*)

149. *Divina*) Aunque los pasages citados tratan del divorció y no de la poligamia, sin embargo se puede aplicar aqui la misma doctrina por identidad de razon. *Dios instituyó el matrimonio para que sean dos en una misma carne, luego no quiso que se casasen dos mugeres á un tiempo con un hombre.*

150. *Y peregrinos*) Ni entre el ciudadano romano y el natural del Lacio. Cuj. *Obs. lib.* 15. *cap.* 13. Tambien se prohibieron los matrimonios con los peregrinos, segun nos dice Demóstenes en su *orat. in Near.*

Siervos y libres) Segun derecho de gentes es conforme el enlace de los siervos y siervas á la naturaleza del matrimonio: pero con respecto á los efectos civiles no existian nupcias, dote, esposa, casa, potestad ni agnacion. Ever. Otto. *pr. Inst. e. t.*

Y las hijas de familia) De suerte que si se casaba un nieto, no bastaba que obtuviese el consentimiento del abuelo en cuya potestad se hallaba, sino que necesitaba tambien el de su padre, para no dar á este herederos contra su voluntad; pues á la muerte del abuelo, recaia sobre la potestad del padre, no solamente el esposo futuro, sino tambien los hijos que naciesen de este matrimonio, cuya razon no existiendo en la nieta que pasa por el casamiento á otra familia, si se casa le basta

el consentimiento prévio ó tácito del padre (139. 11.) (**), *pr. Inst. e. t.* Por lo que es muy estraña la duda suscitada respecto del caso en que el padre esté loco, cautivo, ausente, ó no quiera consentir. Véase la *l.* 25. *C. de episc. aud. l.* 9. 10. 11. 19. *D. e. t.* Sepáranse de semejante rigor los cánones, y las costumbres de muchos lugares seguidas en el dia, pues si bien exigen el consentimiento del padre, de la madre, de los parientes cercanos y aun de los curadores, no rescinden las nupcias contraidas sin este requisito.

(*) Los romanos distinguieron el *connubio* ó *las nupcias* del *matrimonio* y del *contubernio.* El *connubio* solamente se celebraba entre los ciudadanos romanos; el *matrimonio* entre las personas libres que no eran ciudadanos, y el *contubernio* entre los esclavos. De aqui las palabras del viejo Glosario, *las nupcias son legítimo matrimonio*; y Servio dice: *connubio es el derecho de legítimo matrimonio*, mientras que el matrimonio se considera por derecho civil como un enlace injusto, *l.* 13. §. 1. *D. ad leg. Jul. de adult. y en Collat. leyes de Mois. y Rom. tit.* 4. §. 5. Del contubernio de los siervos se habla con frecuencia en Ulp. *Frag. t.* 5. *l.* 14. §. 3. *D. de rit. nupt. l.* 13. *C. de incest. nupt.*

(**) Sin embargo no se escluye la ratificacion segun lo demostró Huber. contra Vinn. en la *Prælac. á la Inst. e. t.* §. 10. *y las Pand. tit. de rit. nupt.* §. 5.

---

la voluntad y autoridad del abuelo. *L.* 16. §. 1. *D. de rit. nupt.* Los emancipados pueden contraer nupcias sin el consentimiento del padre. *L.* 25. *D. de rit. nupt.* Y si son varones, á cualquiera edad, y si hembras, cumplidos los 25 años. *L.* 18. *L.* 20. *C. de nuptiis.*

Precedente) Y qué resultará si alguno contrae nupcias sin consentimiento del padre en cuya potestad se halla? Parece que no valdrán las nupcias. Cujacio, sin embargo, juzga que este matrimonio será injusto, pero no nulo; *Obs. lib.* 3. *cap.* 5., lo que se esfuerza en probar por las sentencias de Paullo, *lib.* 2 *tit.* 19. §. 2. Véase á Schultig. en las notas *ad Paull. sent. lug. cit.*

Sin estos requisitos) Lo que segun algunos es conforme al derecho divino. En el Genes. *cap.* 21. *v. ult.*, se lee que Esau se casó sin consentimiento de sus padres, y no aparece que se rescindiera semejante matrimonio. Véase á Grot. de *Jur. bello et pac. lib.* 2. *cap.* 5. §. 10. El Concilio de Trento declaró válidos estos matrimonios. *sess.* 24. *de ref. matr. cap* 2.

** *Ulr. Hub.)* Siguen tambien esta opinion Marcilio y Acosta *pr. Inst. e. t.* Pero Tomasio dice en la disertacion que publicó en esta materia que es mas cierta la contraria.

Si no han dado su consentimiento todas las personas que deben prestarlo, las nupcias que se han intentado realizar no existen (*consistere non possunt*), dice Paulo (*fr.* 2. *eod.*); dichas nupcias no comienzan á ser válidas sino en la época en que se ha obtenido dicho consentimiento, sin ninguna ratificacion retroactiva. Asi pues, á pesar de lo que dice Heinecio, no se ratifica lo que jamas ha existido, lo que es enteramente nulo. Justiniano declara espresamente que debe preceder á las nupcias el consentimiento de los ascendientes (*jussus parentum præcedere debeat*). El sentido de la palabra *jussus*, determinado aqui por el del verbo *præcedere*, indica el consentimiento á una cosa futura en oposicion al consentimiento que confirma, ratifica ó aprueba una cosa ya existente. Sin embargo, basta un consentimiento tácito. (Alexand. *C.* 5. *e. t.*) Algunas veces es suficiente el consentimiento presunto, esto es, el que el padre de familias daria probablemente con respecto á un matrimonio si lo supiera; asi es que, estando el ascendiente tres años ausente ó en cautiverio, nada impide á los hijos de familia de ambos sexos el contraer un matrimonio tal que se presuma no seria desaprobado por el ascendiente (Ulp. Paul. Juliano. *fr.* 9. §. 1. *fr.* 10. *y* 11. *de rit. nupt.* El mismo favor parece aplicable tambien á los hijos de un hombre atacado de demencia ó de locura.) Asi lo habia decidido

151. Considerando los romanos en las nupcias no solamente lo que era lícito sino tambien lo que honesto (147.), justamente se deduce que no pueden celebrarse entre toda clase de personas; y que unas veces se prohiben como *incestuosas*, otras como *indecorosas*, y otras como *dañosas* ó perjudiciales.

152. Son *incestuosas* las nupcias contraidas entre *consanguíneos* ó cognados y *afines* mas cercanos. Llámanse *consanguíneos* ó cognados los que descienden de un tronco comun, ya sea que la consanguinidad provenga de justas nupcias, ya de un enlace ilegítimo, *l.* 54. *D. de rit. nupt.*, ya del contubernio de los esclavos, §. 10. *Inst. l.* 8. *l.* 14. §. 2. *D. e. t. Afinidad* es el vínculo que se forma entre un cónyuge y la familia del otro, *l.* 4. §. 3. *D. de grad. et adfin.*

153. En la *consanguinidad* se deben considerar los *grados* (*) y las *líneas*. Grado es la *distancia de un pariente á otro.* Línea es la *serie de personas que descienden de un tronco comun;* y es *recta* que comprende ascendientes y descendientes, ú *oblicua* que comprende parientes laterales.

(*) Piensan algunos que la computacion de grados tomada de los jurisconsultos romanos no es aplicable á las nupcias, sino solamente á las sucesiones. Lo contrario se manifiesta en la *Collat. leg. Mois. et Rom. tit.* 6. §. 2.

154. Acerca de la computacion de grados en la línea recta convienen el derecho canónico y el civil, pues por ambos *son tantos los grados cuantas son las generaciones.* De aqui es que el padre y el hijo distan un grado, el abuelo y el nieto dos, y la bisabuela y el biznieto tres, &c.

Adriano para el caso de demencia, estendiéndose su decision á las hijas de un loco; pero se encontraba dificultad en aplicarla á los hijos, á causa de los descendientes que puede introducir en la familia su matrimonio. (Ulpiano, sin embargo, dice en su *fr.* 9. *de rit. nupt.*, que el nieto que debe pedir el consentimiento de su padre y de su abuelo, puede cuando uno de los dos es loco, limitarse á pedir el del otro: en cuyo caso el consentimiento del uno hace presumir que el otro prestaria el suyo; pero Ulpiano no hubiera decidido lo mismo si el ascendiente loco fuera el único que debiese consentir, ó si todos los que debieran prestar su consentimiento estuvieran locos.) Justiniano aplica la doctrina espuesta tanto á los hijos como á las hijas. Ambos podrán casarse segun el modo establecido en una de las constituciones del emperador, es decir, tomando el consentimiento del prefecto de Roma, ó el de los gobernadores de las provincias, ó el de los obispos, tanto con respecto á la persona, como con respecto á la dote y donaciones por causa de nupcias. (V. *C.* 28. *de episc. aud. C.* 23. *e. t.* (*Nota del traductor.*)

152. *Son cognados*) La cognacion se toma genérica ó especialmente. Tomada del primer modo contiene las personas que provienen de un mismo tronco, ya de la linea masculina ya de la femenina; tomada del segundo, las que descienden de la linea femenina.

Familia) Luego no existe afinidad alguna entre las familias de ambos cónyuges. Asi es, v. g., que el hermano del esposo es afin de la esposa, pero no lo es de la hermana de esta segun la regla: *siempre que entre dos lineas rectas hay una curva, no existe afinidad entre aquellas.* *

154. *Convienen*) Y tambien las sagradas escrituras, como se ve en la genealogia de J. C. *Mat. cap.* 1. *v.* 2. *y sig.* *

155. En la linea oblicua el derecho *civil* sigue la misma regla. El canónico distingue la linea oblicua en *igual* y *desigual*; y acerca de aquella establece el axioma: *los cognados distan entre sí tantos grados cuantos distan del tronco comun:* asi es que por derecho civil el hermano dista dos grados de la hermana, y uno por derecho canónico; los primos hermanos distan cuatro grados por derecho civil, y dos por el canónico. En cuanto á la linea desigual se establece la regla siguiente: *las personas distan entre sí tantos grados cuantos dista del tronco comun la mas rèmota á él.* De aqui es, v. gr., que la hermana del abuelo es mi parienta en cuarto grado por derecho civil, y en tercero por derecho canónico.*

156. En la afinidad no hay grados, porque no hay generaciones, *l.* 4. §. 5. *D. de grad.*; sin embargo, se ha admitido la regla siguiente: *que el consorte de un cognado mio estará ligado conmigo por afinidad en el mismo grado, que mi cognado lo fuere.*

157. Finalmente, asi por afinidad como por consanguinidad se dice que hacen las veces de nuestros padres aquellos *que estan inmediatamente bajo de un tronco comun, distando nosotros mas de él*; v. gr., el tio ó la tia estan en lugar de padres respecto de los sobrinos ó sobrinas habidos del hermano ó hermana, §. 5. *Inst. e. t.*

158. Con estos preliminares facilmente se entenderán las reglas del derecho civil acerca de las nupcias. La primera es: *las nupcias entre ascendientes y descendientes se prohiben hasta lo infinito,* §. 1. *Inst. l.* 53. *D. e. t.* Los cánones siguen esta regla fundándose en el *Levítico, cap.* 18. *v.* 7. *sig.*

159. La segunda regla es: *en la linea oblicua igual siempre se prohiben por derecho las nupcias en segundo grado, mas se permiten en el cuarto. En la desigual siempre se prohiben en tercer grado, pero en el cuarto y en los demas entre aquellas personas que mútuamente se consideran como padres é hijos.* (157.) (*). Mas el derecho canónico estiende la prohibicion en la linea igual hasta el cuarto grado segun su computacion, *cap. ult. X. de consanguin.*; y

---

155. *Distan entre sí*) Pues el derecho canónico numera solamente los grados de un lado, y si la líuea es desigual, el mas largo. La computacion civil sé emplea en las sucesiones, y la canónica en los matrimonios *.

Por derecho canónico) El mismo modo de computar se observa en la sagrada escritura. *

156. *No hay grados*) Y los hay tambien. *L.* 10. *pr. D. de grand. & afinib.* Lo cual esplica Frechus, *Sel. lib.* 3. *cap.* 25., diciendo: que no los hay con respecto al derecho de sucesion, y sí con respecto á la prohibicion de las nupcias.

158. *Se prohiben*) Lo que sé suele esplicar con el ejemplo de Adan, el cual si volviese al mundo no hallaria con quien casarse sin infringir las leyes, porque todas las mugeres descienden de él. *

159. *El grado cuarto*) La razon que de estas prohibiciones dan los pontífices y teólogos es el fomentar la caridad y relacion entre los hombres, las cuales por este pacto se conservan y difunden en muchas familias: tambien los antiguos las adoptaron, segun colegimos de Plutarco en sus *Problemat.*

en la desigual aun estiende mas la prohibicion por respecto de parentela, esto es, por hallarse en lugar de padres é hijos.

(*) De aqui es que se prohiben las nupcias entre hermanos y hermanas, §. 2. *Inst. e. t.*, y con la tia materna ó paterna, §. 4. *y* 5. *Inst. e. t.*; mas no las celebradas entre primos, §. 4. *Inst. e. t.*; pues aunque fueron prohibidas por el emperador Teodosio, *l. un. C. Theod. si nupt. ex rescrip. petant.*, despues las permitieron los emperadores Arcadio y Honorio, *l.* 19. *C. de nupt.*, á quienes siguió Justiniano, §. 4. *lug. cit.* Asi pues, la negativa que se advierte en la paráfrasis griega no es de mano de Teófilo. V. Car. Hannib. Fabrott. *not. pag.* 68. (*a*)

(*) Aunque la prohibicion de casarse con los tios se estiende hasta lo infinito, pues estando en el primer grado del tronco comun no pueden casarse con ningun descendiente de sus hermanos ó hermanas, *quia parentum loco habentur*, sin embargo en tiempo de Cayo y de Ulpiano se permitia casarse con la hija de un hermano, permiso que no se estendió á la hija de una hermana. Ulp. 5. *reg.* 6. Cayo. 1. *Inst.* 62. Esta distincion subsistió hasta el reinado de Constantino, que hizo general la prohibicion. El primer matrimonio que se vió en Roma entre un tio y la hija de su hermano fue el del emperador Claudio con Agripina, hija de Germánico. (*Nota del Traductor.*)

160. Acerca de la *afinidad* se deben observar casi las mismas reglas. En la linea oblicua no hay prohibicion por derecho civil en pasando del segundo grado, á no ser que las personas se consideren entre sí como padres é hijos (*). Mas el derecho canónico no solamente estiende estas prohibiciones, sino que finge ademas tres géneros de afinidad, de los cuales el primero se contrae por las primeras nupcias, el segundo por las segundas, y el tercero por las terceras, *can. ult. causs.* 35. *quest.* 3.

(*) Por tanto no valen las nupcias entre el hermano y la viuda de hermano, *l.* 5. *l. penul. l. ult. C. de incest. nupt.*, ni entre el sobrino y la viuda del tio difunto; pero sí entre el primo y la viuda del primo.

161. Los canonistas fingen ademas la *cognacion espiritual* con-

---

Respecto de parentela) Respecto de parentela se llama el parentesco que hay entre dos personas, una de las cuales se halla inmediata al tronco comun, y la otra mas remota, v. gr., la hermana de mi padre y la de mi madre estan en lugar de padres con respecto á mí, porque se hallan inmediatas al tronco comun y yo mas remoto. *

160. *Estiende mas*) Segun derecho canónico se contrae afinidad por la union ilegítima; impidiéndose por ella el matrimonio hasta el segundo grado. *Conc. Trid. de ref. matr. sess.* 24. *cap.* 4.

El tercero por las terceras) Por ejemplo, si mi hermano se casa con Sempronia, existe primer grado de afinidad entre ella y entre mí: si muerto mi hermano se casa Sempronia con Mevio, hay segundo grado de afinidad entre mí y Mevio; y finalmente, si muerta Sempronia pasase Mevio á segundas nupcias y se casase con Ticia, existirá el tercer género de afinidad entre esta y entre mí. * Pero el papa Inocencio III en el concilio lateranense cuarto quitó el segundo y tercer género de semejante afinidad.

161. *Se contraiga*) Añádase á esto, que en la linea recta no se permitia el matrimonio aunque se realizase la emancipacion. En la colateral puede casarse el hijo del adoptante con la hermana adoptiva, con tal que esta se haga de su derecho por la emancipacion. *L.* 55. *D. de rit. nupt.* *

De la legitimacion.

165. Otro de los modos de constituir patria potestad es la *legitimacion*, desconocida de los antiguos é inventada por Constantino y sus sucesores (*).

(*) El senado en los tiempos libres de la república, y el príncipe al principio de la monarquía, eximieron algunas veces de las leyes con respecto al matrimonio á los padres que sin ser casados tenian hijos, ó á los mismos hijos nacidos de matrimonio legítimo y aun de nupcias incestuosas. Liv. *lib.* 38. *cap.* 36. *l.* 57. *D. de rit. nupt.* Pero esto se hizo fuera de regla, pues aun no se habia establecido el modo ordinario de reducir á los hijos ilegítimos á la patria potestad.

[redacted] La *legitimacion es un acto por el cual se finge que los hijos ilegítimos han nacido de un justo matrimonio, y se reducen á la potestad de sus padres á manera de los legítimos.* El célebre jurisconsulto Jo. Strauch trató con suma elocuencia de esta ficcion en sus Diss. [redacted] 3.

167. Siendo el fundamento de la legitimacion una ficcion, la cual supone á todas las personas con capacidad, se sigue que no pueden legitimarse los hijos *espurios* ó de padres inciertos, ni los adulterinos ó incestuosos, pues no puede fingirse que ha habido matrimonio entre sus padres, ~~*Nov. 89. cap. 14. Nov.*~~ [redacted]. Pero este beneficio puede estenderse á los hijos *naturales* ó *notos* (nothi), esto es, habidos de concubina, §. ~~*ult. Inst. e. t. l. 10. C. de nat. lib. Nov. 117. cap.*~~ [redacted]

168 Tres modos de legitimar se refieren: 1.° por *subsecuente matrimonio*, que fue inventado por Constantino: 2.° por *oblacion á la curia*, que lo fue por Teodosio el Joven; y 3.° por *rescripto del príncipe*, que por Justiniano. (*)

(*) No se diferencia mucho del modo de legitimar por arrogacion, inventado por Atanasio, *l.* 6. *C. de nat. lib.*, y abolido por Justino, *l.* 7. *C. lug. cit.* y por Justiniano, quien le desterró tambien de la práctica por medio de la legitimacion *por rescripto. Nov.* 74. *cap.* 3. *y Nov.* 89. *cap.* 10. El mismo príncipe inventó la legitimacion por testamento. *Nov.* 74. *cap.* 2.

---

165. *Y sus sucesores)* Algunos pretenden dar á la legitimacion un origen mas antiguo, segun las leyes 57. *D. de rit. nupt. y ult. D. de adopt.* Pero la primera habla de un privilegio para legitimar y no del modo de legitimar; y la segunda trata de la arrogacion. *

166. *Han nacido)* De esta definicion se deriva el principio que dice: no pueden legitimarse los hijos de aquellas personas entre quienes no pueden fingirse matrimonio; porque toda ficcion supone términos hábiles. Asi, v. gr., no puede legitimarse el hijo nacido de union con la hermana de padre, porque no puede realizarse matrimonio con esta. *

167 *Nothi)* Se llaman asi los hijos que no son legítimos ni espurios, palabra griega de que usaron los latinos por carecer de otra con que significar esta idea, como dice Caton en cierta oracion. Gud. Budeo *en las notas ad Pand. f.* 38.

168. *Tres)* Otro modo de legitimar señala Jul. Pacio en los *Analisis Inst. e. t.* §. *ult.*, á saber; por instrumento público segun la *Nov.* 117. *cap.* 2. Pero el mismo testo demuestra, que por este medio se forma una presuncion de legítimo matrimonio, mas no otro modo de legitimar. *

169. Legitímanse por *subsecuente matrimonio* los hijos naturales cuyos padres transforman el concubinato en nupcias; el signo de las cuales fueron antiguamente las prendas dotales, (§. *ult. Inst. e. t.*) mas hoy lo es la bendicion eclesiástica.

170. Legitimábanse por *oblacion á la curia* los hijos inscritos por el padre en el albo curial (*), ó las hijas que se casaban con los curiales, (*l.* 3. *l.* 4. *l.* 9. *C. de natur. lib.* §. *ult. Inst. e. t.*)

(*) Conviene no caer en el error vulgar de creer que los ofrecidos á la curia inmediatamente se hacian decuriones; pues antes bien estaban sujetos á ella, y servian manteniéndose cada uno de sus propios bienes, *l.* 4. *C. de nat, lib. l.* 50. *l.* 55. *l.* 60. *l.* 64. *C. de decurionib.* Por esto no podian alistarse en la milicia, ni vivir en el campo fuera del municipio, pues estaban adscritos á la curia como si lo estuvieran á la gleba ó terreno, *l.* 17. *C. de decur. l. un. C. si curial. relict. civ.* Em. Merill. *Obs. lib.* 7. *cap.* 26. *pag.* 109.

171. Finalmente, se legitimaban *por rescripto del príncipe* los hijos del padre que, no pudiendo casarse con la concubina, impetraba del príncipe la grácia de legitimarlos. (*Nov.* 89. *cap.* 9.)

172. Recayendo los hijos ilegítimos por la legitimacion bajo la patria potestad (166.), se sigue que la legitimacion no puede hacerse sin el consentimiento de los hijos (*l.* 11. *D. de his qui sui vel al. jur.*) pues por ella se reducen á peor condicion (137.); y que los legitimados por subsecuente matrimonio sucedan al padre como herederos suyos, (§. *ult. Inst. de nupt.* §. 2. *Inst. de hæred. ab intest. l.* 1. *c. de nat. lib.*) y sino hay otros hijos se admitan los legitimados por rescripto (*Nov.* 89. *cap.* 9.) Pero si existen ya otros hijos de legítimo matrimonio, estos tienen con razon la principal *legítima*, y los legitimados se admiten á la porcion restante, si el padre lo quiere, y espresamente se concede asi en el rescripto del príncipe. (*Arg. Auth. Præterea, Auth. Item, y Auth. Si quis, l.* 4. *C. de natur. lib.* Gudelin. *lib.* 1. *cap.* 15.)

173. Nuestro derecho está conforme con el romano en los modos

---

169. *El signo)* Pues los instrumentos dotales se hacian, no porque fueran necesarios para las nupcias, sino para prueba; como manifiestan Cuj. *Obs. lib.* 13. *cap.* 4. y Ulr. Hub. *Præl. ad Inst. e. t. n.* 19. Disiente *Vinio Comment. ad* §. *ult. Inst. e. t.* Acerca de los ritos prescritos por la Iglesia, véase la nota al §. 148. *v. Eclesiástico.*

170. *El albo curial)* Era este la matrícula de los decuriones. Estos eran los que se alistaban en las colonias y municipios, y servian de consejeros á los decemviros, que eran los dos principales magistrados de las colonias. Véase á Hein. *Antig. Rom. in ad lib.* 1. §. 123.

Con los curiales) Cuan dura era la condicion de los curiales puede verse en Bris. *Antiq. select. lib.* 4. *cap.* 18., donde dice, que los cristianos eran condenados por sus perseguidores á la curia como lo pudieran ser á galeras.

172. *Si no hay otros hijos)* Con tal que se legitimasen para el efecto de suceder. Pues muchas veces se hace esta legitimacion para borrar la mancha del nacimiento. Véase á Tomasio en su *Disert. de usu. pract. doctrin. Inst. de legit. cap.* 2.

Los legitimados se admiten) Porque por dicha legitimacion adquieren los derechos de herederos suyos; y segun dice Justiniano, en nada se diferencian de los hijos legítimos. *D. Nov.* 89. *cap.* 9. §. 1. Pero no sucederán si se añadió en el rescripto la cláusula; no sirviendo de obstáculo *á los hijos legítimos.*

»de legitimar, escepto que el ofrecimiento al consejo ó á la corte del »rey podia hacerse segun las leyes de Partida, aunque existiesen hijos »de legítimo matrimonio, con tal que los naturales procedieren de »muger libre (*l.* 4. *tit.* 17. *Part.* 4. La 1. *tit.* 5. *lib.* 10. *Nov. Rec.*) se-»ñala que clase de hijos pueden legitimarse.»

TITULO XI.

De las adopciones.

174. La adopcion es el tercer modo de adquirir patria potestad. (144.) (*)

(*) Por derecho antiguo la adopcion siempre produjo patria potestad; y asi aunque la adopcion menos plena y por testamento (*Tacit. Anal. lib.* 4. *cap.* 1.) son muy antiguas, hoy apenas merecen este nombre.

175. La adopcion considerada latamente es *una accion solemne por la cual se toma en lugar de hijo ó nieto al que no lo es por naturaleza* (*pr. Inst. e. t.*) Portanto, la adopcion imita á la naturaleza, (§. 4. *Inst. e. t.*) y se inventó para consuelo de aquellos que no tienen hijos, ó como dice con elegancia Teófilo, para mitigar la desgracia ó suplir el defecto de la naturaleza. Teóf. (*pr. e. t.*)

176. Como la adopcion imita á la naturaleza, solamente pueden adoptar: 1.° los que pueden ser padres, y tener á los hijos bajo su potestad; asi es que 2.° pueden adoptar los impotentes (*spadones*), mas no los castrados (*), §. 9. *Inst. e. t. l.* 2. §. 1. *l.* 40. §. 2. *D. e. t.*) ni 3.° los impúberes (*arg.* §. 4. *Inst. e. t.*) ni 4.° las mugeres, á no que sea por indulgencia del príncipe para consuelo de los hijos que han perdido (§. 10. *l.* 5. *C. e. t.*;) ni 5.° los menores á los mayores en edad, pues es menester que los que adopten á otros por hijos escedan á estos en una pubertad, esto es, en diez y ocho años, y á aquellos á quienes adoptan por nietos en treinta y seis, (§. 4. 5. *Inst. e. t. l.* 40. §. 1. *D. e. t.*)

---

174. *Adopcion*). La adopcion es de derecho de gentes, y fue conocida por los Egipcios, Hebreos y Griegos; pero con respecto á su forma y efecto la añadieron muchas particularidades las leyes civiles; por lo que puede tambien decirse que es en este concepto de derecho civil. *

* *Por testamento*) Heinecio en sus *Antiq. Rom.* §. 18. *e. t.* nos suministra ejemplos de la adopcion hecha por testamento.

175. *Por naturaleza*) Hay un caso sin embargo en que se puede adoptar al hijo que lo es por naturaleza; tal es, el que se verifica adoptando el padre á un hijo emancipado. *L.* 12. *l.* 41. *D. de adopt.*

176. *Spadones*) Llámanse propiamente tales los que no pueden procrear por vicio corporal; pero no existiendo este, pueden adoptar, casarse y procear. Theof. *Parraf. Inst. e. t.* §. 9. *L.* 6. *D. de lib. et post. Conf.* Amaya. *Obs. jur. lib.* 3. *cap.* 6. *n.* 83. *y sig.*

Por indulgencia del príncipe) Pero esta adopcion que hacen las mugeres no es verdadera adopcion, porque no adquieren patria potestad. * Véase Conmano, *Comm. jur. civ. lib.* 2. *cap.* 15. *n.* 6.

Diez y ocho años) Pues aunque pueden contraer nupcias á los 14 años, raras

(*) Aunque el emperador Leon les concedió indistintamente este derecho por la *Nov.* 26., sin embargo esta no vale contra el derecho Justiniáneo. (§. 17. 8. (*a*)

(*a*) Pueden adoptar los que no pueden engendrar (*qui generare non possunt*), y solo se esceptua de esta regla una clase de impotentes, la de los castrados. Esta escepcion viene probablemente de que en estes últimos *tan necesaria pars corpori penitus absit.* Paulo fr. 7. *de ædil; edict.* De suerte que el castrado no teniendo los órganos de la virilidad, parece perder con ellos su sexo y el título de varon. Vinio y Potier hacen entre los castrados y spadones otra distincion. Segun ellos, la impotencia de los castrados es perpetua, la de los spadones temporal y curable; por lo que se puede sentar, que la palabra spadones comprende todos los impotentes *qui virilitatem amisserunt.* Ulp. *fr.* 4. *ad leg.* Cornel. *de sic.* (*Nota del Traductor.*)

177. Siendo inventada la adopcion para consuelo de aquellos que no tienen hijos (175.), se sigue 6.° que ordinariamente no pueden adoptar aquellos que por su edad aun pueden tener hijos, como son los menores de sesenta años (*l.* 17. §. 2. *D. e. t.*) 7.° que no pueden adoptar fácilmente (*) los que ya tienen hijos naturales (*l.* 17. §. 3. *D. e. t.* Cic. *pro domo cap.* 12.) que si alguno quiere adoptar á otro por nieto, se requiere el consentimiento del hijo, para que no se le agregue *un heredero* contra su voluntad (*l.* 5. *l.* 6. *D. e. t.*)

(*) No aparece claramente que esto se hubiese concedido en los tiempos libres de la república. Los príncipes, aunque tuviesen hijos, adoptaban algunas veces para asegurar mas la sucesion de la casa reinante; pero esto no dejó de ser reparable segun manifiesta Jac. Perizon. *Animadv. hist. cap.* 3. Por tanto no se debe considerar como derecho ordinario lo que por acaso se concedió muy raras veces á los particulares; como parece que lo hace Reinoldo. *var. cap.* 42. *p.* 307.

178. Se adopta á los padres ó á los hijos de familia; á aquellos por *arrogacion*, á estos por *adopcion* estrictamente llamada (*l.* 1. §. 1. *D. e. t.* §. 1. *Inst. e. t.*)

179. *Arrogacion* es *el acto por el cual un hombre de su derecho pasa con autoridad del príncipe* (*) *á la patria potestad de otro*, (§. 1. *Inst. l.* 1. §. 1: *l.* 2. *pr. D. e. t.*)

(*) Antiguamente era por mandato del pueblo, el cual hacia en los comicios cu-

---

veces se contrae matrimonio á esta edad y se procrean hijos: y las leyes se establecen sobre lo que sucede con frecuencia. Hubero observa que basta que se haya entrado en el año 18. *Posit. e. t.* §. 7. Y no debe oponerse á esta disposicion el ejemplo de Heleogábalo que á los 14 años de edad adoptó á Alejandro, niño de 12 años. Herodiano *Hist. lib.* 5. *cap.* 7. Pues cuando se trata de derecho, no pueden servir de norma los hechos de los príncipes.

177. *Que ya tienen hijos*) A no que sean de diverso sexo; como se ve en el §. 2: *Inst. de nupt.*; ó que hubiere justa causa para elegir otro hijo, como si el hijo natural fuese loco, ó impotente ó disoluto.

Por nieto) Pero sino tuviere hijo ninguno, puede adoptar por nieto, pues entonces este se considera como procreado por un hijo incierto. §. 5. *Inst. e. t. Confio. Subs. lect. lib.* 1. *cap.* 6.

Un heredero) Pues muerto el abuelo recae el nieto en la potestad de su padre; de suerte que si mi padre adopta á uno por nieto, muerto mi padre, se hace mi hijo adoptivo; si lo adopta por hijo, es heredero de mi abuelo juntamente conmigo, y me perjudica sino consentí en ello.

riados la ley de esta adopcion. Tambien se requeria la autoridad de los pontífices, porque el adoptado pasaba á los sagrados del adoptante. Cic. *pro domo*, *cap.* 13. La fórmula solemne de la arrogacion se halla en Gelio, *lib.* 5. *cap.* 19.; de cuya costumbre usaron tambien los emperadores, como Augusto arrogando á Agripa y á Tiberio, Sueton. Aug. *cap.* 65., Claudio á Neron, Tácito *Anal. lib.* 12. *cap.* 25., y los particulares por lo menos hasta el tiempo de Galba, Tácito, Histor. *lib.* 1. *cap.* 14. Pero despues que los emperadores se fueron abrogando, sin encontrar oposicion alguna, las prerogativas de las leyes, de los magistrados y pontífices, prevaleció la costumbre de arrogar por rescripto del príncipe desde los tiempos de Cayo, segun la *l.* 21. *D. e. t.* (en la que no hay lugar á la sospecha de que Triboniano interpolase alguna cosa, pues las mugeres no participaron de los comicios), y tambien desde los tiempos de Galva. Schulting. *Jurisprud. Antejust. pag.* 589.

180. Recayendo los hombres de su derecho bajo la patria potestad por medio de la arrogacion, es justo: 1.° que el arrogado se haga autor de ella (*l.* 11. *de his qui sui vel alien. jur.* Cic. *pro domo cap.* 19.); 2.° que los bienes del arrogado pasen junto con él á la potestad y familia del arrogador (§. 2. *y* 11. *Inst. e. t. l.* 40. *D. e. t. tit. Inst. de adquis. per. arrog.*; y 3.°) que el impuber no podia ser arrogado por derecho antiguo, porque no podia consentir en la arrogacion, Gelio, (*lib.* 5. *cap.* 19)

181. Mas Antonino Pio halló el modo de que pudiesen ser arrogados los impúberes, con tal que fuese: 1.° con consentimiento de los parientes; 2.° con autoridad de los tutores; 3.° investigando si la causa de la arrogacion es decorosa y conveniente al pupilo; 4.° dando el arrogador fiadores de que muerto el pupilo antes de llegar á la pubertad restituirá los bienes á aquellos á quienes perteneceriau sino se hubiese hecho la arrogacion; y finalmente, 5.° dando fianza el padre de que no emancipará al hijo arrogado sin conocimiento de causa, y que si lo emancipare, le restituirá todos los bienes que trajo á su poder, y le dejará ademas la *cuarta parte* de los *suyos*, (§. 3. *Inst. e. t. l.* 15. §. 2. 3. *l.* 17. §. 1. *sig. l.* 18. *y sig. l.* 22. §. 1. *D. e. t. l.* 2. *C. lug. cit. l.* 8. §. 15. *D. de inoffic. testam.* (*))

(*) Esta se llama la *cuarta de Pio*; por la cual entieden algunos la cuarta de todos los bienes; y otros la cuarta de la porcion debida *ab intestato*, ó de la legítima, pues de lo contrario seria mejor la condicion del hijo adoptivo que la del natural. Sin embargo, la primera opinion parece mas cierta, asi por las palabras

---

180. *Autor de ella)* Esto es, que consienta en ella. La razon se dió en el §. 178. porque de hombre de su derecho se sujeta á la potestad de otro, como demuestra Tomasio en la *Dis. de usu. prac. tit. Inst. de adopt. cap.* 1.

181. *A la pubertad*) Pues llegado á ella puede hacer testamento el mismo pupilo. *L.* 5. *D. qui testam. fac. pos.*

Perteneceriun) Dada esta fianza, tienen los herederos del pupilo accion util contra el arrogador, pero no directa, como juzgan algunos. Véase á Costa en la *Inst. e. t.* §. 3. *not. ult.*

Sin conocimiento de causa) Luego si hubo causa para emanciparlo, v. gr., si el pupilo injurió gravemente al padre, pierde aquel la cuarta de los bienes. *L. ult. D. si quid in fraud. patr.* Lo mismo parece que debe decirse si fuere desheredado por justa causa. No obstante se opone el argumento tomado de la *L.* 8. §. 15. D *de inof. test.*, por el cual espone Cocego la opinion contraria, alegando la razon de diferencia.

cuarta de sus bienes, §. 3. *Inst. c. t. l.* 2. *C. de adopt.*, y por las: *á el adoptado pertenezca la cuarta de los bienes que fueron del adoptante al tiempo de su muerte*, *l. ult. D. si quid in fraud. patr.*, como tambien porque esta cuarta no se pide con la querella de inoficioso, como sucede en la legítima, sino con el juicio *familiæ erciscundæ*, *l.* 8. §. 15. *D. de inoff. test. l.* 2. §. 1. *D. fam. ercisc.* Yo creo que apenas hay fundamento para esta cuestion, pues como la facultad de adoptar no se concedia fácilmente al que ya tenia hijos, ni al que aun estaba en edad de adquirirlos (177.), no hay duda en que se concede á los arrogados impúberes la cuarta de los bienes del arrogador, pues de lo contrario era inútil el prévio conocimiento de causa que se exige. *L.* 17. §. 2. *D. e. t.*

182. Recayendo los arrogados bajo la patria potestad (179.), se sigue: 1.° que tambien se hagan participantes de los derechos de *agnacion*, que son los únicos civiles y no de los de cognacion, que son naturales (*l.* 23. *D. e. t.*;) 2.° que los arrogados pasen al nombre, dioses, gente y nobleza patricia y de las imágenes (*l.* 13. *D. e. t.*) que los patricios arrogados por los plebeyos pierdan esta nobleza, pero los senadores y los hijos de estos conservan el orden senatorio, (*l.* 13. 35. *D. e. t. y l.* 6. §. 1. *D. de senat. Perizonio ad Cons. diu. Deut.* 25. *v.* 5. 6. *p.* 83.); y 3.° que los arrogados sucedan *ab intestato* al padre adoptivo, á los hermanos que estan bajo la misma potestad, y á los agnados; mas no á la muger del padre adoptivo, ni á los cognados, (§. 2. *Inst. de legit. agn. sucess.*)

183. La *adopcion* estrictamente dicha es *una accion de la ley* (69. 2.) *por la cual adoptamos con la autoridad del magistrado* (*) *á los hijos que estan bajo la potestad de sus padres*, (*l.* 2. *pr. D. l.* 1. *C. e. t.*)

(*) Antiguamente se hacia por compra venta, *per æs et libram*, concurriendo tres ventas y mancipaciones imaginarias y dos manumisiones segun el derecho antiguo *patrio*, *l. ult. C. e. t.* Gel. *lib.* 5. *cap.* 19. Ulpian. *Fragm. tit.* 8. §. 1. Despues bastó la confirmacion del magistrado asentada en los registros públicos, *l. ult. C. e. t.*

184. Siendo adoptados los hijos que estan bajo la patria potestad (183. y 178.), se sigue: 1.° que baste el consentimiento del padre natural (*l.* 5. *D. e. t.*); 2.° que tambien puedan ser adoptados los infantes (*l.* 42. *D. e. t.*) 3.° que no pueden serlo los hijos de concubina, porque no estan bajo la potestad de nadie (*l.* 7. *C. de nat. lib.*)

---

183. *Con la autoridad del magistrado*) Si esta no interviniere, se tendrá el adoptado por huesped, y no sucederá *ab intestato*. *

De sus padres) Tres son las diferencias entre la arrogacion y la adopcion. Por aquella se adoptan personas de su derecho, por esta, hijos de familias. La arrogacion se hace con la autoridad del príncipe, la adopcion con la del magistrado. Aquella transfiere siempre la patria potestad, y esta solamente si se hace por algun ascendiente, segun la constitucion de Justiniano. *L. pen. c. de adopt.*

(*) *Tres ventas*) Si se daban en adopcion mugeres ó nietos, solo se verificaba una venta. Tambien se hacia la adopcion por derecho de cesion ante el magistrado. Gell. *lib.* 5. *cap.* 19. Merill. *en la Inst. c. t.* §. 1.

Patrio) De suerte que la adopcion era una enagenacion, puesto que el padre transferia á otro el dominio quiritario que tenia en los hijos por la venta que le era permitida por derecho antiguo.

184. *Baste*) No se requiere el consentimiento del hijo, porque no se empeora su condicion, supuesto que ya antes de la adopcion estaba sujeto á la potestad del

185. Como esta adopcion era *accion de la ley* (183.); 4.° no podia hacerse sino por imperio del magistrado en quien residia plenamente la accion de la ley (*l.* 3. *l.* 4. *D. l.* 1. *C. e. t.*); 5.° tampoco podia hacerse por cierto tiempo (*l.* 34. *D. e. t.*) 6.° ni por testamento, sino solo segun las solemnidades de derecho, (*l.* 4. *C. e. t.*) En el dia basta que intervenga cualquiera magistrado.

186. La adopcion tomada aun en un sentido estricto produjo antiguamente patria potestad (*pr.* §. 2. §. 8. *Inst. de adopt.*) Pero Justiniano solamente concedió esta á los ascendientes que adoptan á los descendientes, y no á los estraños (*l. penul. C. e. t.* §. 2. *Inst. e. t.*), bien que asi estos como aquellos suceden *ab intestato* al padre adoptivo, (§. 2. *Inst. e. t.* (*)) De aqui es que los doctores distinguen la adopcion estrictamente tomada, en adopcion *perfecta* ó *plena*, y en *imperfecta* ó *menos plena*.

(*) Dispuso esto Justiniano por acontecer varias veces que el hijo adoptado por el estraño era emancipado despues, y no sucedia ni al padre natural ni al adoptievo. Disputóse entre Papiniano, Paulo y Marciano si preterido entonces el hijo por yl padre natural se concederia á aquel la querella de inoficioso testamento. Las lees no asignaron al hijo adoptivo parte alguna de la herencia del padre natural; peo el senadoconsulto Sabiniano mandó, que si de tres hijos varones que tuviese el padre natural algunos hubiesen sido adoptados, este debe dejarles la cuarta de la herencia; y sino lo hace, los hijos pueden pedirla con la accion *familiæ erciscundæ*, *l.* 10. §. 3. *C. de adop.* §. 14. *Inst. de hæred. quæ ab intest.* y alli Theof. Lugar que alenmendar Alciat. *Paneg.* 6. 3. y Ræ̈vard. *de autor. prud. cap.* 6., mas lo confunden. Pero la cosa es clara, porque habiendo la ley Julia y Papia y senadoconsulto Tertuliano concedido muchos privilegios á los padres que tuviesen tres hijos, pareció justo al senado, que estos tres hijos que tantos beneficios y privilegios habian traido á su padre, gozasen del beneficio de la herencia del padre natural, esto es, que los que de estos tres fueren dados en adopcion, no quedaran sin derecho á la herencia de su padre natural.

187. »Nuestras leyes se distinguen del derecho romano sobre esta »materia en que no hacen diferencia entre púberos é impúberos cuan-

---

padre, y constituido en su dominio. Ademas el dueño de una cosa podia enagenarla aun sin que esta lo consintiese. Sin embargo, dice Justiniano que debe hacerse la adopcion, *no contradiciéndola* el hijo, §. 8. *Inst. Quib. mod. jus. patr. potest. sol. L. ult. C. de adopt.*

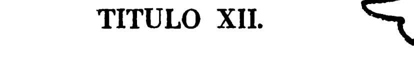
185. *La accion de la ley*) Como el pretor ó gobernardor (*præses*); pero no habia que hacer la adopcion en el tribunal, pues era un acto de voluntaria jurisdiccion.

Por tiempo) Ni por procurador, ni bajo condicion. La razon es el imitar la adopcion á la naturaleza, la cual no engendra los hijos por cierto tiempo ni bajo condicion.

186. *A los estraños*) Justiniano observa aqui la presuncion natural, de que el abuelo no querrá privar de la herencia á sus hijos ó nietos. Pero como los estraños profesan á los hijos de otro un amor mas tibio, es facil que suceda que los emancipen ó deshereden; en cuyo caso el hijo adoptivo quedaba escluido de la herencia de ambos padres. * Y no se crea que porque el padre adoptante puede emancipar al hijo, *l.* 10. §. 1. 2. *c. e. t.*, tiene sobre él patria potestad; pues no se toma aqui la emancipacion en su sentido propio, sino por la disolucion de cualquiera union ó relacion. Ulr. Hub. *en la Inst. e. t. n.* 5.

»do se trata de los derechos que tienen en el caso de ser emanci-»pados ó injustamente desheredados, los cuales son los mismos que se-»ñaló á los segundos la constitucion de Antonino, en que el adrogado »no adquirirá la cuarta parte de los bienes del adrogador despues de su »fallecimiento, sino en el caso de que este no tuviese hijos ni descen-»dientes legítimos, pues existiendo, solo podrá obtener la quinta parte, »que es lo único de que en tal caso puede disponer el padre. Véanse »las leyes (*1. y 8. tit. 20. lib. 10. Nov. Recop. y las 7. y 8. tit. 16.* »*Part.* 4. Ademas el nieto emancipado por el abuelo adoptivo recae en »poder de su padre. (*L. ult. del cit. tit.*»)

188. «Nuestras leyes han introducido otra adopcion mas util á la »humanidad, que es la de los espósitos que no reclamaron sus padres »y de los huérfanos abandonados. Esta adopcion puede verificarla cual-»quier persona honrada que tenga medios para ello. (*Real cédula de* »*11 de diciembre de* 1796 *y de* 6 *de marzo de* 1790.)»



TITULO XII.

De los modos de acabarse la patria potestad.

189. Hanse espuesto los modos porque se adquiere la patria potestad, y va á tratarse de las causas porque se concluye.

190. Siendo la patria potestad un dominio quiritario (136.), es muy obvio el axioma jurídico: *que el derecho de patria potestad se acaba de los mismos modos que el dominio quiritario.*

191. Disuélvese pues: 1.° por la *muerte* del padre; pero solamente se hacen de su derecho los hijos, mas no los nietos ú otros descendientes, si viven aquellas personas en cuya potestad pueden recaer, *pr. Inst. e. t.* 2.° Por la *capitis diminucion máxima y media*, v. gr. por cautiverio, servidumbre de la pena, deportacion del padre ó del hijo, pues por ella se pierde el dominio quiritario, *§. 1. y 3. Inst. e. t.* 3.° Por *adopcion plena*, bien que por esta el hijo no se hace de su derecho, sino que la patria potestad sobre él se transfiere á otro, *§. 8. Inst. e. t.*; 4.° Por la *emancipacion*, de la que luego se tratará.

---

190. *Quiritario*) Porque no solo perdemos el dominio por los modos naturales, sino por los designados por las leyes, v. gr., por la capitis diminucion, por la emancipacion y cesion, modos que ignora el derecho natural. *

191. *Por la muerte*) Aunque se disuelva por la muerte la patria potestad, porque es un derecho personal, no siempre se estinguen sus efectos, como consta por el ejemplo de la tutela y de las sustituciones pupilares.

Por el cautiverio) Por el cautiverio del padre ó del hijo se suspende mas bien que se acaba la patria potestad, pues luego que volvian á la ciudad los cautivos disfrutaban de sus antiguos derechos intactos por el derecho de postliminio. En Atenas se consideraba á los que volvian de cautiverio, como si volvieran del otro mundo (*quasi ex orco*).

Del padre ó del hijo) Sin embargo, por el alzamiento del destierro que á su solicitud hacia el príncipe, recobraba aquel la patria potestad, y este el derecho de heredarle, si se les concedia espresamente, *l. 9. l. 13. c. de sent. pas. et restitut.*

192. Del mismo principio se sigue: 1.° que la patria potestad no se acaba por la *relegacion*, pues esta no estingue el derecho quiritario, §. 2. *Inst. e. t. l.* 4. *l.* 7. §. 3. *D. de interd. et releg.*; 2.° ni tampoco por la *dignidad* (*), Dyonis. Hal. *lib.* 2. *p.* 96.; 3.° ni por la *exheredacion*, *l.* 20. *D. de bon. poss. contr. tab.*

(*) Las vírgenes vestales y los flámines diales salian antiguamente de la patria potestad, mas no por la dignidad, sino porque el sumo pontífice las cogia por la mano. Gil. *lib.* 1. *cap.* 12. Ulpian. *Fragm. tit.* 10. §. *ult.* Mas la patria potestad se acaba por el cautiverio.

193. Sin embargo, Justiniano estableció que la patria potestad se acabase por la dignidad del patriciado (*), *l. fin. C. de consul. lib.* 12. §. 4. *Inst. e. t.*; por el sacerdocio episcopal, *Nov.* 81. *cap.* 3.; por la dignidad consular, prefectura pretoriana, prefectura de la ciudad, comandancia militar, patrocinio del fisco, *Nov.* 81. *cap.* 1. *l. fin. C. de decurion.*; pero de suerte que tales personas conservasen los derechos de familia, *Nov.* 81. *cap.* 2.

(*) En vano atribuyen á Justiniano el origen de esta dignidad Bacovio *ad* Treutl. *vol.* 1. *disp.* 2. *th. ult.* y Vinn. *Comenent. al* §. 4. *Inst. e. t.*, alegando que ya Casiodoro, *Var. lib.* 6. *cap.* 2. hizo mencion de este privilegio concedido á los patricios; pues Casiodoro pudo escribir esto despues de ver la constitucion referida de Justiniano, segun persuade Reinold. con razones de cronologia. *Var. cap.* 19.

194. Hemos dicho que la patria potestad tambien se acaba por la *emancipacion* (191. 4.), pues el padre emancipaba, esto es, enagenaba por el as y la libra á los hijos que eran cosas mancipi con respecto al padre (135.), y que estaban constituidos en su dominio quiritario, (136.) La emancipacion se distingue en *antigua*, *anastasiana* y *justiniánea*.

195. La antigua era una *accion de la ley por la cual los hijos varones de primer grado salian de la patria potestad por medio de tres ventas y mancipaciones y otras tantas manumisiones* (*); *y las hijas y nietos por medio de una venta y de una manumision.*

---

192. *Por la dignidad*) Porque aunque el hijo de familia se tenga en los negocios públicos por padre de familia, *L.* 9. *D. de his qui sunt sui vel alien. jur.*, hay mucha diferencia entre estas locuciones: *ser tenido en los negocios públicos por padre de familia*, y *hacerse padre de familia por dignidad ó causa pública.* Lo primero es verdadero, pero no lo segundo.

193. *Al fin*) La dignidad del patriciado no fue introducida por Justiniano, como quieren algunos, sino por Constantino. Zosimo, *Inst. lib.* 2.

164. *Por la emancipacion*) La cual es un acto por el que dimite el padre á sus hijos de su potestad. Lo que con respecto á los siervos es manumision, es emancipacion hablando de los hijos, aunque muchas veces se llama tambien manumision. *L.* 92. *D. de condit. et demonst. L.* 107. *D. de verbor. obligat.*

195. *Tres ventas*) Se entiende, imaginarias, en las que no se numeraba el precio, en lugar de las tres verdaderas, segun instituyó Rómulo. (Véase Bynkersh. *de jur. ocid. lib. cap.* 6.)



Cayo, *Inst. lib.* 1. *tit.* 8. §. 3. Véanse *nuestras Antigüedades Rom. e. t.* §. 6. Vendia pues el padre al hijo *per æs et libram*; pero las mas veces añadia á la tercera mancipacion un *contrato fiduciario*, para que el comprador remancipase al hijo, de suerte que el padre mas bien que el comprador era quien lo manumitia; por lo cual Cayo le llama *padre fiduciario*, y siempre se presumia que mediaba esta confianza. §. *ult. Inst. de legit. agn. success. l. ult. C. de emanc. liber.*

(*) La razon de observarse estas solemnidades era conforme á la legislacion romana, pues como los hijos estaban en el dominio quiritario (136.), y las cosas que estaban en este dominio podian emanciparse, Binkersh. *de reb. mancipi.*, era consiguiente que tambien se emancipasen los hijos. Mancipados y manumitidos estos por primera y segunda vez, recaian bajo la patria potestad; mas no, vendidos y manumitidos por tercera vez. (138. 2.) Por eso para estinguir el derecho de la patria potestad se necesitaba de tres mancipaciones y otras tantas manumisiones.

196. Segun la constitucion de Anastasio, los hijos salian de la patria potestad por *rescripto del príncipe*, presentado ante un juez. Esta emancipacion producia los mismos efectos que la antigua, *l.* 5. *C. de emancip. liber.*

197. Finalmente, Justiniano, mandó que bastase la autoridad de cualquier juez (sin haber abrogado la constitucion de Anastasio, cuya observancia se tuvo desde entonces por antigua é inutil), §. 6. *Inst. e. t. l. ult. C. de emancip.*, aunque no fuese competente, pues la emancipacion es un acto de jurisdiccion voluntaria (69. 2.), *l.* 36. *D. de adopt. et emanc. l. ult. C. e. t.*

198. No pudiendo quitarse á nadie contra su voluntad el dominio de sus cosas, á menos que sea por castigo, es claro que el padre casi nunca puede ser obligado á emancipar á sus hijos, §. *ult. Inst. e. t. l.* 31. *D. e. t.* Sin embargo, se le priva por via de pena de la patria potestad: 1.º cuando prostituye á las hijas, *l.* 2. *C. de episc. aud. l.* 6. *C. de spectac.*: 2.º cuando deja abandonado al infante, *l.* 12. *C. de infante expos. Nov.* 153. *cap.* 1.; y 3.º cuando contrae nupcias incestuosas, *Nov.* 12. *cap.* 2. (*).

(*) Los doctores añaden otras causas, como la crueldad del padre, *l. fin. D. si à parent. qui manumis.*; la arrogacion hecha en perjuicio del impuber, *l.* 32. *D. de adopt. et emanc.*; el legado que se deja ó el dinero que se recibe con la condicion de emancipar al hijo, *l.* 92. *D. de condit. et demonstr. l.* 1. §. 3. *D. si quis à par. manum.* Pero en la *l. fin. D. si à par. quis manum.*, se cita una pena estraordinaria ó privilegio que no puede servir de regla. (60.) El impuber

---

Que el comprador) En cuyo caso se verificaban cuatro mancipaciones, y tres manumisiones.

198. *En castigo*) Algunas veces se disuelve la patria potestad por restitucion *in integrum*, si es adrogado un impuber, y luego que llega á la pubertad quiere ser emancipado. *L.* 32. *D. de adopt.*

arrogado puede hacerse de su derecho si llegando á la pubertad reprueba la arrogacion, *l.* 32. *D. e. t.*; mas no por esto puede decirse que obliga al padre á que lo emancipe, pues que hasta que cumplió dicha edad el impuber, estuvo en suspenso el efecto de la arrogacion. Tampoco puede decirse que es compelido á emancipar aquel que recibe legado ó dinero con la condicion de hacerlo, pues él voluntariamente se obliga á ello, toda vez que está en su arbitrio no admitir el legado ó el dinero.

199. «Por nuestra antigua legislacion cesaba el poder patrio, tan »solo por el casamiento del hijo, por la muerte del gefe de la familia y »por caer en la condicion de esclavo el padre ó el hijo. Véanse las leyes »3. *y sig. tit.* 2. *lib.* 4. *del Fuero Juzgo.*»

200. «El derecho de Partidas adoptó las mismas causas de disolverse »la patria potestad que el derecho romano, añadiendo el incesto del pa»dre y el abandono que este hiciese de su hijo aun infante. Como en »España no recaen los nietos bajo la potestad del abuelo, segun se ha »dicho en el apéndice del tit. de la patria potestad, la muerte de este »no es causa de que se acabe su potestad en los nietos. Con respecto á »las dignidades que libran de la patria potestad, se copia en las Parti»das servilmente al código Justiniáneo, á pesar de que muchas de las »dignidades que en este se espresan no existian en España. Véase el »*tit.* 18. *Part.* 4. *y la ley* 4. *tit.* 21. *Part. cit.*»

TITULO XIII.

De las tutelas.

201. Hemos dicho que los hombres son ó *de su derecho* ó *de ageno derecho*, y que estos se llaman *hijos de familia*, si dependen de la patria potestad, ó *siervos*, si de la dominica. Habiendo tratado ya de los de *ageno derecho*, lo haremos ahora de los que son de *su derecho*, de los cuales unos estan bajo la *tutela*, otros bajo la *curatela*, y otros ni bajo de una ni otra, *pr. Inst. e. t.*

202. Era sumamente justo que fuesen dirigidas por otro aquellas personas que ó por su corta edad, ó por la debilidad de su sexo no pueden gobernarse por sí. Asi pues, los *pupilos* permanecieron bajo la tutela hasta la pubertad, y las mugeres por toda la vida, á no ser que pasasen por medio del matrimonio á la potestad del marido. Véanse *nuestras Antig. rom. e. t.* §. 16. *sig.* Los púberes que no podian administrar sus bienes, ó por la edad ó por otras causas, no estaban bajo la *tutela* sino bajo la *curatela.* La tutela de las mugeres se abolió desde los tiempos de Justiniano.

---

201. *De su derecho*) Cujacio niega que sean los pupilos personas de su derecho y potestad. *Obs. lib.* 21. *car.* 23. Distíngase, pues, que los pupilos son de su derecho en cuanto salen de la patria potestad, por la muerte de su padre; y no son de su derecho, ó mas bien de su tutela, considerada la autoridad de los tutores que les prohibe obrar á su arbitrio.

202. *Del marido*) O que tuvieran tres hijos. *

203. La *tutela legítima*, única de que se trata, es, segun la define Servio, *la fuerza y potestad dada y permitida por derecho civil sobre una cabeza libre* (*) *que necesita de amparo, y que no puede defenderse por su edad*, §. 1. *Inst. e. t. l.* 1. *pr. D. e. t.*

(*) *Cabeza libre* es hombre de su derecho. Gel. *lib.* §. *cap.* 19. Ulpian. *Fragm. tit.* 11. §. 5. Parece que Servio usó de esta palabra, porque habló de la tutela en general y no de la pupilar, comprendiendo en ella no solamente á los pupilos, sino tambien á las mugeres, las cuales segun hemos dicho vivian perpetuamente bajo la tutela. La *fuerza* y la *potestad* se distinguen como el *mas* y el *menos*, pues en aquella se contiene mas que en esta. Tácito las distingue en varios pasages de sus Anales. El tutor ejerce pues *fuerza* sobre el infante, y asi, lo hace todo por él; y *potestad* sobre el que ha salido de la infancia, pues como que opera por sí, el tutor no hace otra cosa que interponer su autoridad, *l.* 1. §. 2. *D. de administr. tut.* §. 9. *Inst. de inutil. stipul. l.* 5. §. 5. *D. de reg. jur.* (*a*) En cuanto á la tutela de las mugeres, el tutor no ejercia fuerza sino potestad.

(*a*) Segun lo que sienta aqui Heinecio, estas palabras *vis et potestas* indicarian el doble poder confiado al tutor de obrar por sí mismo independientemente del pupilo, y de validar con su autorizacion ciertos actos del pupilo que sin esto no tendrian fuerza. *V. pr. de anet. tut. Pothier, pand. just.* 26. *I.;* pero segun una interpretacion mas verosimil, estas dos palabras solo ofrecen aqui una simple redundancia, como en este otro testo: *scire leges non est earum verba tenere, sed vim ac potestatem.* Celso, *fr.* 17. *de legis.* (*Nota del Trad.*)

204. Siendo la tutela *fuerza y potestad dada y permitida por derecho civil*, infirieron los romanos que la tutela es un *cargo público* (*), *pr. Inst. de excus. tut.*

(*) Llámase cargo lo que estamos obligados á desempeñar por ley, costumbre ó precepto de aquel que tiene facultad de mandar, *l.* 214. *pr. D. de verb. sign. l.* 28. *D. lug. cit.* 70. Goed. *Coment. p.* 275. *y sig.*

---

203. *Potestad*) No se habla aqui de la potestad adquisitiva, como dicen los jurisconsultos, sino de la administrativa, la cual no se ha de tomar en el sentido de que los tutores adquieran por los pupilos, sino en el de que pueden dirigir y administrar los bienes de estos. *L.* 215. *D. de verbor. signif.*

Por derecho civil) Esto es, por interpretacion de la ley de las doce tablas; como manifiesta Merill. *Obs. lib.* 8. *cap.* 17.

Dada y permitida) La *dada* es la tutela *legítima*, y la *permitida* la *testamentaria* y la *dativa*.

* *A las mugeres*) Everardo Otto no conviene con la opinion del autor, pues juzga que Servio no quiso definir otra tutela que la pupilar. Al §. 1. *Inst. e. t.* y *Disert. de perpet. fem. tut.*

Se diferencian) Mas acertado parece decir con Noodt, que estos dos vocablos se esponen juntos para la mayor claridad de la oracion ó idea, principalmente si se atiende á la relacion que tienen entre sí y de que nos suministran varios ejemplos autores de nota, que razonan tan útilmente como lo hace Heinecio. La distincion de Heinecio no es conforme con la licencia que da Ulp. al tutor en la *ley* 1. § 2. *D. de admin. et peric. tut.* para obrar en ausencia del pupilo, y que parece que el mismo Heinecio reconoce en el §. 248. *si tutor velit.*

204. *Cargo público*) En la *ley* 6. §. 15. *D. de escusat. tut.* se niega que la tutela sea un cargo de la república ni aun por lo perteneciente á los gastos, pues que el tutor la sirve con los bienes privados del pupilo. Pero no es un oficio ó empleo, pues este se toma voluntariamente, y da dignidad y sueldo, lo cual no sucede con los cargos públicos, acerca de los cuales diserta Cujacio en las *Paratil. Digest. tit. de munerib. et honor.*

205. De aqui se sigue: 1.° que los hijos de familia pueden ser tutores, *pr. Inst. qui testam. tut. dar. poss.*: 2.° que no pueden serlo los siervos, *l.* 22. *D. test. tut.*, los peregrinos ni las mugeres, *l. ult. D. e. t. l.* 2. *D. de reg. jur.*, á escepcion de la madre y la abuela, que por la *Nov.* 118. *cap.* 5. se prefieren aun á los demas agnados.

206. Debiendo el tutor amparar al pupilo que no puede defenderse á causa de su edad (203.), se sigue que la tutela legítima y dativa se impiden y la testamentaria se suspende: 1.° si el tutor es menor de edad, §. 13. *Inst. de excus. tut.*: 2.° si es loco ó demente, *l. penul. D. e. t.*: 3.° si es sordo-mudo, *l.* 1. §. 2. 3. *l. penul. D. e. t.*

207. Como la tutela recae sobre una *cabeza libre* (203.), se sigue: 1.° que el tutor se da primariamente para la persona y no para la cosa (*), §. 4. *Inst. qui testam. tut. dar. poss. l.* 12. *l.* 14. *D. testam. tut.*: 2.° que al que tiene padre no se le da tutor, *l.* 239. *pr. D. de verb. sig. pr. Inst. e. t. l.* 6. §. *ult. D. e. t.*: 3.° ni tampoco al siervo, pues no siendo ninguno de los dos hombres de su derecho (128.), tampoco son cabeza libre. Finalmente, 4.° al peregrino no puede darse tutor segun el derecho de los quirites, porque como no goza de la libertad de estos, no se reputa cabeza libre. Cicer. *pr. A. Cœcin. cap.* 33.

(*) Sin embargo, el tutor administra secundariamente los bienes del pupilo; y aun algunas veces se da para ciertos actos, v. gr. para la adicion de la herencia, *l.* 10. *pr. D. de test. tut. l.* 17. §. 1. *D. de appellat. l.* 9. *l.* 13. *pr. de tut. vel cur. dat.* Si el pupilo fuere rico, tambien se nombran tutores para los bienes que tuviere en Africa, Siria, &c., *l.* 15. *D. de test. tut. l.* 27. *pr. D. de tut. dat.*; pero hablando con propiedad ni aun entonces se dan para las cosas, sino que recaen sobre la persona.

---

205. *Pueden*) Puede oponerse á esto la *ley* 21. *D.* á la *l. Jul. de adult.*, en la cual se dice: *el que no es de su potestad no puede tener á nadie en su potestad.* Pero á esto se contesta fácilmente con lo que dijimos en el §. 201. á saber; que la tutela es una potestad administrativa, y el testo cit. habla de la potestad adquisitiva. *

Se prefieren) Pero no á los tutores testamentarios. *Novel. cit.*

206. *Loco ó mentecato*) El padre puede dar por tutor á un loco en su testamento, porque se puede esperar que recobrará el juicio, pero no á un demente, porque esta falta es perpetua.

Sordo-mudo) Pero bien podrá ser tutor el sordo que pudiera hablar, pues aqui se habla del que tenga ambos impedimentos. *

207. *Se da*) De modo que si el pupilo celebra esponsales, debe hacerlo con intervencion del tutor, á pesar de que no necesite el menor el consentimiento del curador para ello. Pero tanto los impúberes como los menores de edad necesitan para celebrar pactos dotales, el consentimiento del tutor ó curador, porque entonces se trata de los bienes. *L.* 8. *c. de nupt.* *

* *Sino para la persona*) Cuando se da tutor para los bienes que tiene el pupilo en Africa, en Siria &c., no se da para los bienes, sino que la administracion se divide entre los tutores dados al pupilo. *L.* 36. *D. de admin. et peric. tut. l.* 2. *c. de divid. tut.* Cuando se da para un pleito ó para la adicion de una herencia, no se da para esto, sino para el pupilo.

Al fin) No era válida por derecho romano la tutela pacticia, porque segun él estaban prohibidos todos los pactos sucesorios. *L. ult. c. de pact.* No se opone á esto el §. 9. *Inst. de escus. tutor.*, pues no se dice en él que pueda constituirse el tutor por pacto, sino que no se admita la escusa de la tutela al tutor que prometió al padre del pupilo que lo seria. *

208. Habiendo mandado una ley de las doce tablas *que de cualquier modo que el padre de familia dispusièse de los bienes ó de la tutela de su cosa* (*) *su voluntad se respetase como una ley*, Ulp. *Frag. tit.* 11. §. 14., los jurisconsultos romanos consideráron la tutela como una herencia. Y á la manera que el heredéro instituido en testamento escluye al legítimo que sucederia *ab intestato*, *l.* 39. *D. de adquir. hæred.*, del mismo modo la tutela testamentaria escluye á todas las demas, esto es, á la legítima y á la dativa, *l.* 11. *pr. D. de test. tut.*; y asi como el pretor concede algunas veces la posesion de los bienés segun ó contra lo dispuesto en el testamento (*contra tabulas*), asi tambien nombra tutor á falta de tutela testamentaria ó legítima.

(*) No hemos alterado las palabras *tutela de su cosa*, porque se encuentran en Ulpiano y en el *pr. Inst. de leg. Falc.* en la *l.* 120. *D. de verb. sig.*, y en otros parages, y porque nada tienen de absurdas. Pues los hijos de familia eran cosas *mancipi* (135.), y por eso se dice, que cuando el padre de familia les nombraba tutor, disponia de la tutela de su *cosa*. Mas con todo el tutor se daba para la persona (207. 1.), porque su encargo empezaba despues de muerto el padre, y ya entonces el hijo era persona y cabeza libre.

209. Por tanto hay tres especies de tutela, á saber: *testamentaria*, de que se trata en el tit. 14.; *legítima*, *tit.* 15. *y sig.*, y *dativa*, *tit.* 20. Esta se estableció subsidiariamente por la ley Atilia y Julia Ticia.

«Aunque nuestras leyes antiguas solo conocian la tutela legítima »y dativa, las de Partida admiten la testamentaria. Por nuestro derecho »se exige para la capacidad de los tutores los mismos requisitos que por »el romano, si se esceptua la cualidad de ciudadano de que no se ha»bla, y que los obispos y religiosos son escluidos de este cargo, al paso »que los clérigos pueden entrar en la tutela de sus parientes como »la pidan á los dos meses. *L.* 1. 4. y 14. *tit.* 16. *Part.* 6. Los deudores »del rey son declarados tambien incapaces, *l.* 14. *cit.*»

TITULO XIV.

De los que ser pueden nombrados tutores en testamento.

210. Pudiendo el padre de familia disponer de la tutela de su cosa (*)(208.), se sigue el axioma: *que el padre puede nombrar tutor en testamento, ó en codicilo confirmado por testamento, á los hijos que tiene en de su potestad, y que no han de recaer en la de otro*, *l.* 1. *pr.* *l.* 3. *pr. testam. tut.* §. 3. *Inst. de tut.*: *l.* 73. §. 1. D. *de reg. jur.*

(*) Aunque la tutela testamentaria se deriva claramente de la ley de las doce tablas, *l.* 120. *D. de verb. sign.*, sin embargo, el ejemplo del rey Anco que nombró en su testamento á L. Tarquino Prisco tutor de sus hijos, prueba que ya existió en Roma antes de los decemviros, Livio, *lib.* 1. *cap.* 34.

---

210. *Confirmados*) Aunque no puede instituirse heredero en codicilo, y por consiguiente parece que se podia colegir que no se puede dar tutor de este modo, sin embargo se da porque esta tutela puede compararse en cierto modo á un fideicomiso que puede dejarse en codicilo.

211. Por tanto el fundamento de esta tutela es la *patria potestad*, (139. 9.) *l.* 73. §. 1. D. *de reg. jur.*

212. De este principio se sigue: 1.° que solo el padre ó el abuelo que tiene hijos y nietos bajo su poder puede nombrar tutor, mas no la madre ó la abuela, ni otra persona estraña, *l.* 1. *pr.* *D. e. t.*; 2.° que el padre ó el abuelo pueden tambien dar tutores á los hijos ó nietos (*) de ambos sexos, no emancipados que estan bajo su patria potestad, *l.* 1. *pr.* D. *e. t.*; 3.° aunque sean exheredados (192. 3.), *l.* 4. D. *e. t.*; y 4.° por benigna interpretacion del derecho se estiende esta facultad á los póstumos (**), con tal que se hallen en el caso de que si naciesen vivo el padre, recayesen en su potestad, y fuesen herederos suyos, §. 4. *Inst. de tut.* *l.* 1. §. 1. *l.* D. *e. t.*

(*) Bajo la palabra *liberi* se comprenden hasta los nietos de ambos sexos, y bajo el nombre *filii* los póstumos é hijas, pero no los nietos, *l.* 6. *y l.* 16. *D. e. t.* §. *ult. Inst. e. t.* Algunas veces no se toma en este sentido, *l.* 84. *l.* 201. *D. de verb. sign.*; mas en el presente caso no hay lugar á la interpretacion estensiva, porque á los nietos se favorece lo bastante por medio del tutor legítimo ó dativo.

(**) Los póstumos se tienen por nacidos en todo lo que les es útil, *l.* 7. *de stat. hom.*

213. Siendo esta tutela á semejanza de la herencia (208.), se sigue: 1.° que el tutor ordinariamente se ha de nombrar en testamento; 2.° que puede darse en codicilos confirmados por testamento, porque la tutela se encomienda en cierto modo á la fe del tutor, *l.* 3. *pr.* D.; 3.° que pueden ser nombrados tutores todos los que gozan del derecho de testamentifaccion, con tal que sean hábiles para desempeñar cargos públicos (204.), *l.* 21. D. *e. t.*, y lo serán los siervos nombrados con libertad (la cual se presume que se da cuando se nombran siervos propios, §. 1. *Inst. e. t.*), los hijos de familia, los magistrados, *l.* 20. §. 1. D. *e. t.*, los furiosos y menores, aunque mientras estan impedidos (206. 1. 2.) los magistrados nombran un tutor, *l.* 10. §. 7. D. *de excus.*; 4.° que no pueda nombrarse tutor á una persona incierta (*), *l.* 20. *pr. y* 30. *D. e. t.* Debe notarse como cosa singular, 5.° que el tutor nombrado en testamento no solo puede darse puramente y bajo de condicion, sino

212. *A los póstumos*) . Pues aqui no se consideran los póstumos como yaciendo aun en el vientre de su madre, á los que se les da curador y no tutor, sino como ya nacidos, de suerte que si ocurriere aborto, concluye la tutela al par que ellos.

Herederos suyos) Opinan varios que si el padre constituye tutor á sus hijos en general, no debe entenderse que nombra á los póstumos, porque puede mirar por estos el pretor. *

* *Sentido*) Pues muchas veces se contienen los nietos en la palabra *filii.* *L.* 220. §. 1. y 2. *D. de verb. signif.*

213. *Incierta*) No obstante, hoy se deja la herencia á una persona incierta con tal que pueda hacerse cierta despues; pero los legisladores quisieron que concurriese en la tutela esta circunstancia, porque debe mirarse á la industria de la persona, la cual no se sabria sino constase quien era. *

desde cierto y hasta cierto tiempo, *l.* 8. §. 2. D. *e. t.* §. 3. *Inst. e. t.*, lo cual no se verifica en la herencia. (544.)

(*) Lo mismo se habia establecido antiguamente respecto de la institucion de heredero. (523. y 539.)

214. Del mismo principio se sigue: 6.º que con respecto á la tutela, nadie puede morir en parte testado y en parte intestado, *l.* 7. D. *de reg. jur.* §. 5. *Inst. de hær. instit.*, y que por lo mismo, 7.º si el tutor llega á recibir la tutela testamentaria, ó por lo menos aun se espera esta, entonces no tiene lugar la tutela legítima, *l.* 11. *pr.* §. 1. D. *e. t.*

(*) Asi es que si alguno nombra tutor bajo de dia ó condicion, se ha de nombrar otro para este medio tiempo, aunque el pupilo tenga otro tutor legítimo; pues cesa la tutela legítima cuando se espera la testamentaria. (*L.* 11. *pr. D. e. t.*) Si al tutor testamentario se le discernió el cargo de la tutela, y despues se escusó, aun se ha de decir que se ha de nombrar otro en lugar del escusado, y que no vuelve la tutela al tutor legítimo. (*L.* 11. §. 1. *D. e. t.*) Lo mismo diremos si fuese removido, pues á este se le priva de ella para nombrar otro. (*L.* 11. §. 2. *D. e. t.*)

215. Aunque es claro: 1º que el padre no puede dar tutor á los emancipados ó naturales (212. 2.), 2º ni la madre ó persona estraña á los hijos ó herederos impúberes; 3º ni este nombramiento puede hacerse en codicilos no confirmados por testamento (213.), sin embargo el magistrado suele prestar en estos casos su *confirmacion*, la cual es un acto por el que suple el magistrado al nombramiento de tutor lo que le falta para ser testamentario, *l.* 1. §. 1. D. *de conf. tut.* §. 1. *ult. Inst. de tut. l.* 32. D. *de excus.* Por esta razon, los tutores confirmados sin inquisicion se tienen por testamentarios, *l.* 3. D. *de conf. tut.*

216. Esta confirmacion se hace ó sin *inquisicion* ó *con inquisicion. Sin inquisicion* cuando el padre no dió tutor como era debido; v. gr. si lo diere al hijo emancipado, al natural instituido, ó en codicilo no confirmado por testamento, (*) §. *ult. Inst. de tut. l.* 1. §. 1. *l.* 3. *l.* 6. D. *de conf. tut. Con inquisicion* (ó si el magistrado menor lo confirma con *satisdacion*) cuando la madre ó el estraño dan tutor al impu-

---

En la herencia) Sin embargo, no por eso se destruye la analogia que hay entre esta y la tutela; pues sino se puede nombrar tutor en testamento desde cierto ó hasta cierto tiempo, es por no quebrantar el principio de que *nadie puede morir en parte testado y en parte intestado*; principio que queda salvo dándose tutor hasta ó desde cierto tiempo, segun se ve en el sig. §. Habrá diferencia entre la herencia y la tutela, cuando el testador dió por tutor á un siervo creyendo que era libre, pues no vale la dacion de tutor, sin embargo de valer la institucion de heredero del mismo. §. 1. *Inst. e. t. L.* 40. *D. de hæred. Inst.*

216. *Con inquisicion*) La cual se verifica indagando si es decorosa al pupilo, si tiene con que pagar, si es diligente en sus cosas, ó indolente, ó torpe, ó si se introdujo en la tutela dando dinero.

Con satisdacion) Tales eran las que se daban por el magistrado municipal á los pupilos que tenian menos de quinientos sólidos. 5. §. *Inst. de Atil. tut. L.* 30. *c. de Episc. nud.*

ber instituido, ó el padre al natural no instituido, *l.* 4. D. *de test. tut.* *l.* 1. §. 2. *l.* 2. *l.* 7. D. *de conf. tut.* Si la madre da tutor al hijo no instituido, no es de ley que sea confirmado con inquisicion, pero se acostumbra hacerlo así, *l.* 4. C. *de test. tut.* Estos tutores se tienen por *dativos*, porque se confirman, no tanto por la voluntad del testador cuanto por causa de la inquisicion, *l.* 5. D. *de conf. tut.*

(*) ¿Es preciso tambien averiguar si el padre ha variado su voluntad? Se supone que la varia si se descubre que el tutor es de malas costumbres, que es enemigo del padre, ó que ha perjudicado al pupilo por medio de algun contrato, *l.* 8. 9. 10. *D. de conf. tut. l.* 4. *de test. tut.*

217. «Nuestras leyes de Partida, fundando en la patria potestad la »facultad de nombrar tutor en testamento, la atribuye al padre, y con »preferencia al abuelo, si tuviese el hijo en su poder, pero despues que »por la *l.* 3. *tit.* 5. *lib.* 10. *Nov. Recop.*, salen los hijos de la potestad de »sus padres por el matrimonio, cesa en la mayor parte de los casos di»cha facultad. El juez confirma el tutor que dió el padre natural ó un »estraño al pupilo á quien instituyen heredero. Al tutor que deja la »madre á un pupilio á quien instituye heredero se le confirma, sin »necesidad de inquirir sobre sus cualidades. *L.* 6 y 8. *tit.* 16. *Part.* 6.»

TITULO XV.

De la tutela legítima de los agnados.

218. Asi como cuando alguno muere intestado le suceden por la ley los parientes, y antiguamente los agnados, del mismo modo la ley de las doce tablas confiere la tutela á los próximos agnados; si el padre muere intestado, á lo menos en cuanto á la tutela (*), §. 2. *Inst. e. t.*

(*) Lo contrario sucede si el tutor nombrado en testamento se escusa, ó es removido sin haber acabado la tutela, ó si esta se impide por la edad, locura, condicion ó dia prefijado en testamento, pues en todos estos casos no tiene lugar la tutela legítima sino la dativa, segun el principio esplicado (214.), *L.* 11. *D. de testam. tut.*

El padre) Siempre se presume que el padre mira lo mejor para el interes de sus hijos: presuncion que no cae en la madre ó en los estraños; por lo que no es raro que los tutores dados por estos, se confirmen con inquisicion. ✿ Tambien se presume que el padre mira mas por los hijos á quienes instituye herederos, que por aquellos á quienes no instituye.

Se suele) Lo que se hace por costumbre, no por derecho.

218. *Los agnados*) Solon discurria de otro modo y daba la tutela á los cognados, y la administracion de los bienes á los agnados, porque se sospecha que estos querrán mas tener la herencia que esperarla.

✿ *Legítimo*) Toda tutela se puede decir legítima, aun la testamentaria, pues se deriva de la ley de las doce tablas. *L.* 130. *D. de verb. signif.*, y tambien la dativa porque proviene de la ley Atilia, y de la Julia y Ticia (241.); pero la llamada legítima se deriva inmediatamente de la ley. ✿

219. De aqui el axioma que dice: que *el que recibe el beneficio de la sucesion, debe recibir la carga de la tutela*, con tal que sea persona hábil para ejercer cargos públicos (204.), §. *un. Inst. de legit. patr. tut. l.* 73. *pr. D. de reg. jur.* De este principio se deriva la tutela legítima de los *agnados*, la de los *patronos*, la de los *padres*, y la *fiduciaria*.

220. Llamando la ley de las doce tablas despues de los hijos y nietos á los agnados y gentiles (*), Ulp. *Fragm. tit.* 26. §. 1., se sigue: 1.° que por derecho antiguo estos eran los únicos tutores legítimos, *pr. y* §. 1. *Inst. e. t.*; 2.° que los agnados próximos escluyan á los mas remotos, y 3.° que si hay muchos en un mismo grado todos sean tutores, §. *ult. Inst. de cap. dem. l.* 9. *D. e. t.*

(*) Son *agnados y gentiles* los que *tienen el parentesco por línea masculina*, *l.* 7. *D. e. t.* §. 1. *Inst. e. t.*, y *cognados los que lo tienen por línea femenina*, §. 1. *Inst. e. t. l.* 10. §. 2. *D. de grad. et adfin.* Los *agnados y gentiles* se diferencian en que aquellos son del mismo sobrenombre y familia, y estos del mismo nombre y gente ó raza, v. gr. todos los *Césares* eran agnados de C. Julio César, y lo eran gentiles todos los *Julios*, de cuyos antepasados ninguno habia sido esclavo. Esto se añade, porque los libertos acostumbraban tomar el nombre de los patronos. (111.) Ciceron, *Topic. cap.* 6.

221. Habiendo quitado el pretor la diferencia entre *agnados* y *gentiles*, y Justiniano la de *agnados* y *cognados*, *Nov.* 118. *cap.* 4., admitiéndolos á la sucesion indistintamente, resulta: 4.° que por derecho moderno los *cognados* son llamados junto con los *agnados* á la tutela legítima, *Nov.* 118. *cap.* 5. El mismo Justiniano admitió á la *madre y* á la *abuela*, prefiriéndolas á todos los parientes laterales, y aun al mismo abuelo paterno, con tal que renuncie á las segundas nupcias y al senadoconsulto Veleyano. *Nov.* 118. *cap.* 5.

---

220. * *Gentiles*) Diferéncianse entre sí en que los agnados son de la misma línea, y los gentiles de la misma raza ó generacion (*gente*), pero de diversas líneas: de suerte que los agnados tenian un sobrenombre ó apellido (*cognomen*), los gentiles solamente un nombre que indicaba la raza ó gente de que descendian. *

Unidos) Y tambien los adoptivos. *L.* 1. §. 3. *D. de suis et legit. hæred.* *

Del mismo nombre) En pocas palabras, los romanos usaban de tres nombres para distinguir los individuos de una misma familia, prenombre, nombre y sobrenombre (*prænomen, nomen et cognomen*), v. gr. Marco Tulio Ciceron. El prenombre designaba el individuo, el nombre indicaba la raza ó gente de que cada uno provenia, y el sobrenombre designaba la familia. * Con respecto á la diferencia entre agnados y gentiles puede verse á Jan. Silva. *Ep. de minim. cap. demin.*

221. *El pretor*) Despues de los agnados llamaba la ley de las doce tablas á los gentiles, escluyendo á los cognados, á no ser que fueran tambien gentiles, para que no pasasen los bienes á otra raza. Pero despues que el pretor admitió á los cognados á la posesion de los bienes, no tuvo lugar la de los gentiles. *Knorio.*

Y aun al mismo abuelo paterno) La preferencia con respecto al abuelo paterno se ha de entender solo en favor de la madre, mas no de la abuela, y en el caso que el abuelo hubiera emancipado al nieto de cuya tutela se trata, ó que dicho nieto hubiera sido concebido durante la emancipacion del hijo.

Veleyano) Y otros privilegios de las leyes. *Nov.* 94. *cap.* 2. Véase á Dionys. Gothof. *en las not. á la ley* 3. *C. quand. mul. tut. off. fung. pot.*

222. Entre la *agnacion* y *cognacion* hay la diferencia de que esta, como que proviene del derecho *natural*, no se acaba por la capitis diminucion mínima; mas aquella como proviene del *civil* perece por cualquiera de ellas, §. *ult. Inst. e. t.* §. 6. *Inst. de cap. dem.* Con este motivo se pone á continuacion, aunque no sea este lugar muy oportuno, el título de la *capitis diminucion.*

«Nuestras leyes atribuyen la tutela legítima á los parientes mas cercanos sin limitacion de grados y sin hacer diferencia entre agnacion y cognacion. V. *la ley* 2. *tit.* 10. *Part.* 6.»

TITULO XVI.

De la capitis diminucion.

223. Llamábase *cabeza* entre los romanos el triple estado de *libertad*, de *ciudad* y de *familia* (76.), porque las personas se inscribian en el censo conforme esta division (*), *Antig. rom. e. t.* §. 2. *sig.*

(*) De aqui fue que los hombres de su derecho se llamaron *cabezas libres* (203.); *capite censi* los que sin bienes ni familia solamente asentaban sus nombres en el censo. Gel. *lib.* 16. *cap.* 10.; y destituidos de estado (*capite destituti*) los siervos, §. 4. *Inst. e. t.* De aqui fue tambien que se llamase pena *capital* y juicio público *capital*, no solamente aquel en que se privaba de la vida, sino de la libertad y de la ciudad, *l.* 2. *pr. l.* 6. §. *ult. De de pœn.*; y de aqui por último las frases *quitar la cabeza de la ciudad. (caput de civitate eximere), l.* 2. *D. de publ. jud.*, *y disminuir de cabeza (capiti deminui.)*

224. La *capitis diminucion* es pues la *mutacion del estado anterior* (*), *pr. Inst. y l.* 1. *D. e. t.*

(*) Muchos añaden *en peor*, como Theófilo, *e. t.* y Attaliot, *Synops. tit.* 3.; pero no hay necesidad de esta adicion, porque el que carece de los derechos de libertad, de ciudad y de familia no tiene estado. (223.) Y por lo mismo, aunque mude su posicion no sufre capitis diminucion. Asi es, que el siervo manumitido no la padece, §. 4. *Inst. e. t.*, ni los deportados ó cogidos por el enemigo si recuperan los derechos de ciudad y de libertad, porque en aquella situacion no tienen estado que perder.

225. Siendo la cabeza ó el estado de tres maneras, á saber; de *libertad*, de *ciudad* y de *familia* (223.); la capitis diminucion es tambien triple, á saber; *máxima* por la que se pierde la libertad, y por

---

224. *Del estado*) No se habla aqui del estado de dignidad, de la posicion que cada uno tiene (pues nadie sufria capitis diminucion por perder este estado), sino del de libertad, de ciudad y de familia; Terencio numeró estos tres estados en un verso. *Eun. act.* 4. *scen.* 7. *v.* 35.

Dico eam esse liberam, civem Atticam meam sororem.

225. *La libertad*) Callistrato en la *ley* 5. §. 3. *D. de extraord. cognit.*, dice, que se pierde la libertad por la deportacion; lo cual debe entenderse de la libertad civil, y no de la de derecho de gentes, que puede retener y aun adquirir el deportado.

consiguiente, los derechos de ciudad y de familia; *media* por la que conservando la libertad, se pierde el estado de ciudad, y *mínima* por la que solo se pierden los derechos de familia, *pr. Inst. l. ult. D. e. t.* Los que padecen la *máxima* y la *media* dejan de ser personas (76.), y se comparan á los muertos, por lo que se llama esta capitis diminucion muerte civil, *l.* 209. *D. de reg. jur.* §. 1. *Inst. quib. mod. jus patr. pot. solv.*

226. Padecian capitis diminucion *máxima*: 1.º los reducidos á servidumbre, ya fuese por pena ó por cautiverio (82. 83.): 2.º los siervos de la pena (83.); pero Justiniano abolió esta especie de servidumbre en favor de los cognados. *Nov.* 22. *cap.* 8.

227. Sufrian la *media*: 1.º aquellos á quienes se privaba del agua y del fuego (*); 2.º los deportados, que tambien se llamaron *desterrados*, *l.* 5. *pr. D.* §. 2. *Inst. e. t. l.* 2. §. 1. *D. de pœn.*, los tránsfugas, y 3º los juzgados como enemigos, *l.* 1. *D. e. t.*; 4.º no asi los *relegados*, á quienes dejándoles los derechos de ciudad, tan solo se les mandaba salir de ella ó de la provincia, §. 2. *Inst. e. t. y* §. 2. *Inst. quib. mod. jus. patr. pot. solv.*

(*) A ningun romano podia privarse contra su voluntad de los derechos de ciudadano; era preciso que él mismo se despojase de ellos, Cic. *pro dom. cap.* 72. Pero como estos se perdian desde el momento que alguno se ascribia á otra ciudad, Cic. *pro doma*, *cap.* 81., porque segun el derecho romano nadie podia ser á un tiempo ciudadano de dos ciudades, Corn. Nep. *vid. de Atic. cap.* 3., se prohibia el uso del agua y del fuego á los reos á quienes se queria espeler de la ciudad. Estos, acosados entonces de la necesidad, tenian que buscar otra patria, y en el instante que llegaban á ella perdian los derechos de ciudadanos romanos. Cic. *pro domo*, *c.* 30.

228. Padecen capitis diminucion *mínima*: 1.º los arrogados, porque de padres de familia se hacen hijos de familia, §. 3. *Inst. l.* 3. *pr.* §. 1. *D. e. t.*; 2º los hijos ó nietos de los arrogados, pues como que si-

---

226. *Los siervos de la pena*) La ley Porcia habia establecido en Roma que no pudiera ser azotado ni sufrir pena de muerte ningun ciudadano romano, Liv. *lib.* 10. *cap.* 9. Por esta razon fingian los romanos para poder castigar á los condenados á muerte, que quedaban privados de la libertad por la sentencia, y que se hacian siervos de la pena. V. C. Ger. Noodt. *Probab. lib.* 3. *cap.* 12.

227. 2. *Los deportados*) Antiguamente los deportados podian ir á su arbitrio donde quisiesen; pero Augusto estableció la deportacion á islas determinadas, temiendo que los desterrados se reuniesen y maquinasen contra el estado. Cuj. *Obs. lib.* 6. *cap.* 39.

Relegados) Los relegados, aunque no podian permanecer en la ciudad, conservaban el derecho de ciudadanos y demas facultades, lo que no sucedia con los desterrados. Ovidio se esplica asi acerca del edicto de César Augusto: *Tristium lib.* 2. *v.* 137. *y sig.*

Quippe relegatus, non exul, dicor in illo,
Parcaque fortunæ sunt tibi verba mea.

(*) En el mismo lugar dice Ciceron, *cap.* 81. *Orat. pr. L. Corn. Balb.* Segun nuestro derecho, nadie puede mudar de ciudad contra su voluntad, ni dejar de hacerlo, aunque quiera, como se separe de la ciudad de donde quiere ser ciudadano.

siguen la suerte del padre, mudan de familia, *l.* 40. D. *de adopt.* (180. 2.); 3.° los legitimados, y principalmente por subsecuente matrimonio, pues dejan entonces de ser de su derecho (172. 1.); finalmente, 4.° por derecho antiguo los emancipados (*), §. 3. *Inst. e. t.*

(*) Porque ninguno podia ser emancipado, á no sujetarse á una servidumbre imaginaria (195.), *l.* 3. §. 1. *D. e. t.* Esto no existe ya por derecho nuevo, y mucho menos por la *Nov.* 118. *cap.* 4. *y* 5., la cual no priva al emancipado de los derechos de sucesion y de familia.

229. »Nuestras leyes de Partida seguian las disposiciones romanas, »pero como en el dia no existe la esclavitud á que puedan reducirse los »que se venden para participar del precio, y como no existe la servi- »dumbre de pena, no hay caso alguno en que se padezca en el dia la »pérdida de cabeza máxima. De la deportacion y de la relegacion hablan »nuestras leyes de Partida casi en los mismos términos que las romanas. »Segun nuestro derecho solo padecen *minima capitis diminucion* los »adoptados; pero ninguna de estas pérdidas de derechos impide que »los parientes consanguíneos tengan la tutela de sus parientes pupilos; »si bien por razon de ser infame el que padece presidio ó arsenales de- »beria ser privado de la tutela legítima, *l.* 7. *tit.* 6. *part.* 7.»

TITULO XVII.

De la tutela legítima de los patronos.

230. Otra especie de tutela legítima es la de los patronos. *Patrono es aquel que manumite á un siervo propio ó ageno*, *l.* 3. §. 1. *sig.* D. *de suis et legit. hær.* *l.* 3. D. *de jur. patr.*

231. Como el liberto debia al patrono el beneficio de dejar de ser cosa y de pasar á ser persona (77.), se consideró el patrono como padre y próximo agnado del liberto (111.); por lo cual, las leyes de las doce

---

228. ***Mudan de familia***) En esto sentido tambien la padecen los adoptivos. Pero propiamente no puede decirse que estos padecen capitis diminucion, porque no fueron anteriormente de su derecho. ✠

Por derecho antiguo) Y tambien por el nuevo, pues ni Justiniano ni Teófilo hacen distincion entre el derecho antiguo y el nuevo, *d.* §. 3. La razon que trae Paulo, y de que trata el autor en el escolio no satisface á Vinio al §. 3. ni á Tomasio en las not. á Ulr. Huber. *Prælect. Inst. e. t. al fin.* Tal vez las palabras de Paulo se refieren á la mutacion de estado, para significar la cual, se reducia el que habia de ser emancipado á cierta especie de servidumbre. Pero el mismo jurisconsulto funda en otro lugar la razon de la emancipacion en la mutacion de familia: *L. ult. D. e. t.* Asi pues, el emancipado muda de estado, puesto que se hace estraño y distinto de la persona del padre. Véanse las notas al §. 145. *en el schol. y á* Schulting. ad Ulp. *Fragm. tit.* 10. §. 2. Jan. Silva *Dist. Epist.*

Los emancipados) Y tambien las mugeres, pues pasaban á la potestad del marido.

230. ***Legítima***) No porque se estableciese espresamente en la ley de las doce tablas, sino porque se deducia de ellas por interpretacion. §. *un. Inst. e. t.* ✠

tablas llamaron á la sucesion del liberto si fallecia sin herederos suyos, al patrono, sus hijos ó nietos como próximos agnados suyos. Ulp. *Fragm. tit.* 29. §. 1. *l.* 23. §. 1. *D. de bon. libert. pr. Inst. de success. lib.*

232. Como que el gravamen de la tutela debe recaer en el que recibe la utilidad de la herencia, infirieron los jurisconsultos que la tutela de los libertos impúberes, ó de los hijos y nietos de estos, se debia dar á los patronos, ó á sus hijos siendo capaces de desempeñarla, *l.* 3. *pr.* D. *de legit. tut.* §. *un. Inst. e. t.*

TITULO XVIII.

De la tutela legítima de los padres.

233. La tercera especie de tutela legítima es la que se da á los padres (219.) que habiendo emancipado á sus hijos ó nietos impúberes los dirigen en calidad de patronos, *l.* 3. §. *ult.* D. *de legit. tut.* §. *un. Inst. e. t.*

234. Pues el padre emancipaba al hijo por medio de tres ventas y manumisiones imaginarias (165.), de suerte que el hijo se hacia esclavo en cierta manera (228. *not.*) *l.* 3. §. 1. D. *de cap. min.*; y por consiguiente cuando era manumitido se consideraba como liberto del manumisor, no en cuanto al estado, sino á los derechos de patronato. (91. 4. 5.) Por esto el manumisor le sucedia como patrono, y era tutor del impuber emancipado. (231. y 232.)

235. Como el padre emancipante acostumbraba hacer un contrato confidencial con el comprador del hijo, para que verificadas las tres ventas volviese á emanciparlo ó venderlo el comprador á favor del padre, y como en virtud de este contrato (el cual supuso Justiniano que siempre mediaba, §. *ult. Inst. de legit. agn. succ. l. ult. C. de emanc. lib.*) el padre, mas bien que el comprador, debia considerarse como manumisor ó comprador y gozar de los derechos de patronato, se siguió, que el padre sucediese como patrono al hijo ó hija emancipados, y que recibiese la tutela legítima de estos si eran impúberes, §. *un. Inst. e. t. l.* 3. §. *ult.* D. *de legit. tut.*

236. «Aunque la ley 10. *titulo* 16. *Partida* 6. admite las tutelas »de los patronos, de los padres y la fiduciaria, en el dia son inadmi»sibles por hallarse fundadas en el derecho de patronato que por la li»bertad ó emancipacion retenia el señor ó el padre.»

TITULO XIX.

De la tutela fiduciaria.

237. La tutela de que acabamos de hablar se llamó antiguamente *fiduciaria*, en virtud del contrato confidencial que se interponia. Ul-

pian. *Fragm. tit.* 11. §. 5. Mas Justiniano aplicó este nombre á otra especie de tutela, §. *un. Inst. e. t. l.* 4. D. *de legit. tut.*

238. Asi pues, segun Justiniano *la tutela fiduciaria* es la que *despues de la muerte del padre emancipante ejercen sus hijos ó nietos varones mayores de veinte y cinco años sobre el impuber emancipado*, *l.* 4. D. *de. legit. tut.* §. *un. Inst. e. t.* Como el padre emancipante por el contrato fiduciario adquiria los derechos de patronato, y en virtud de ellos desempeñaba la tutela legítima del hijo impuber emancipado (235.), era consiguiente que los otros hijos no emancipados al tiempo de la muerte del padre la adquirieran como hijos del patrono, á quienes la ley de las doce tablas tambien llamaba á la sucesion, §. *un. Inst. e. t.*

TITULO XX.

Del tutor atiliano y del que se daba por la ley Julia y Ticia.

239. Se ha tratado ya de la tutela testamentaria (*tit.* 14.) y de la legítima (*tit.* 15. *y sig.*); resta, pues, hablar de la tercera especie de tutela, que se llama *dativa*, porque la dacion de este tutor es un *acto legítimo por el cual, faltando tutores testamentarios y legítimos, el magistrado nombra tutor en virtud de las facultades que le da la ley*, *pr. Inst. e. t.*

240. De aqui se derivan tres axiomas: 1.° este tutor se da por el magistrado en virtud de la ley, *l.* 6. §. 2. *D. e. t.*; 2.° se da en subsidio, á falta del testamentario y legítimo; 3.° la dacion de tutor es acto legítimo, *l.* 77. *D. de reg. jur.*

241. Se ha dicho que este tutor se da en virtud de la ley. En la ciudad de Roma se dió en virtud de la ley *Atilia*, publicada antes del año 557. de la fundacion de Roma, segun un pasage de Tit. Liv. *Hist. lib.* 39. *cap.* 9.; y sin duda por L. Atilio Régulo, tribuno de la plebe en el año 443. Liv. *Hist. lib.* 9. *cap.* 30. * En las provincias (esceptuada Sicilia, acerca de la cual puede verse *Escerpt. Peirescian. pag.* 397.) por la ley *Julia* y *Ticia*, dada en el año 722., siendo cónsules César Augusto y Marco Ticio. ** Enriq. Valesio *ad Escerpt. Peirescian.*

242. Dándose el tutor en virtud de la ley, se sigue que ningun

---

238. *Llamaba*) Pero se escluian los hijos del emancipante de la herencia del emancipado impuber. *L.* 1. §. 5. *D. si quis à pat. manum. sit.* Por esto no quiso Justiniano dar á esta tutela el nombre de legítima, sino el de fiduciaria.

239. *La ley*) Por lo que es mas exacto llamar tutor testamentario al confirmado por el magistrado, puesto que por la confirmacion se quita el vicio de que adolecia el testamento, el cual quitado, se supone que el tutor ha sido dado por derecho de testamento. *L.* 9. §. 1. *D. de testam. tutel.* *

240. *De la ley*) Pues no todos los magistrados daban tutores, sino aquellos solamente que tenian este encargo especialmente por la ley. Por lo que la dacion de tutor se dice acto de jurisdiccion estraordinaria. Véase *el* §. 243. *

241. *Esceptuada Sicilia*) En la que solian presidir los pretores. Entiéndase lo mismo de España, Cerdeña y Francia. *L.* 2. §. 32. *D. de orig. jur.* *

magistrado pueda dar tutor por su jurisdiccion, es decir, por su competencia primitiva y ordinaria, sino por especial concesion del pueblo ó del príncipe, *l.* 6. §. 2. *D. de tut. dat. l.* 1. *pr. D. de offic. ejus cui mand. est jur. dict.* La ley *Atilia* concedió especialmente este derecho al pretor urbano con consejo de la mayor parte de los tribunos de la plebe (*), *pr. Inst. e. t.* Liv. *lib.* 39. *cap.* 9., y la ley *Julia y Ticia* lo concedió en las provincias á los gobernadores, *pr. Inst. e. t.* Claudio mandó despues que los cónsules pudieran nombrar en la ciudad tutores con inquisicion (**), *Suet. Claud. cap.* 23., cuya facultad confirió tambien Marco Antonino á los pretores tutelares, *Jul. Capitolin. vid. Marc. cap.* 10. Asi fue, que podian nombrar tutores en la ciudad el prefecto y el pretor segun su jurisdiccion; en las provincias los gobernadores y los legados procónsules, segun la oracion de Marco, y los magistrados municipales, por mandato de los gobernadores, sino eran cuantiosos los bienes del pupilo (***), §. 3. 4. *Inst. e. t. l.* 1. *pr.* §. 1. D. *de tutor. dat.* Finalmente, cuando estos no pasaban de quinientos sólidos, se concedia la facultad de nombrarlos á los magistrados municipales, á los obispos del lugar, y al juez de Alejandria, sin que fuese necesario mandato del gobernador, *l.* 30. *C. de episc. aud.* §. 5. *Inst. e. t.*

(*) Como entre los tribunos no podia haber acuerdo sin el consentimiento de todos y cada uno de ellos, Liv. *lib.* 4. *cap.* 49. *lib.* 6. *cap.* 35. Dionis. Halic. *lib.* 10. *pag.* 658., la ley Atilia abolió este derecho en cuanto á la dacion de tutor, mandando que bastase la opinion de la mayoria, *Vin. e. t.*

Segun Vinio bastaba que el pretor tuviese seis tribunos de su parecer. *(Nota del Traductor.)*

(**) Esto es, examinando las costumbres, bienes y disposicion del tutor, examen que probablemente tenia lugar aun antes que se diese á los cónsules el derecho de nombrar tutor. Vinio *hic.* El nombramiento de tutor por los magistrados inferiores se hacia sin inquisicion, pero el tutor estaba obligado á dar una fianza que no se exigia á los tutores nombrados por los magistrados mayores con inquisicion. De esta fianza se trata en el *tit.* 24. *(Nota del Trad.)*

(***) El *pretor* dentro de la ciudad y *el prefecto de la ciudad* dentro de cien millas de ella ó en las provincias suburbicarias, *l.* 1. *pr. y l. ult. D. de off. præf. urb.* V. Joan. Gothof. *Disertaciones de provincis suburbicariis.*

243. Del mismo axioma, se sigue: 2.º que la dacion de tutor no puede delegarse, (*) *l.* 8. *pr.* D. *de tut. et curat. dat. l.* 1. *pr.* D. *offic. cui mand. est jurisdict.*

---

242. *Segun su jurisdiccion*) Pues el pretor tutelar daba tutores á los plebeyos, el prefecto de la ciudad á los hijos de personas ilustres de Roma, reuniéndose con diez senadores: ademas, el pretor tutelar daba tutor mas allá de cien millas de Roma, hasta donde se estendia la jurisdiccion del prefecto. *L. pen.* §. 3. *D. de excusat. L. t. C. de tut. ilust.* Theof. *e. t.* §. 4. V. Ever. Otto. *ad Inst. e. t.* §. 4.

243. *Delegarse*) La razon es, porque no pueden delegarse los actos de jurisdiccion estraordinaria. Se puede oponer el §. 4. *Inst. e. t.*, donde se dice que daban los magistrados tutores por encargo de los gobernadores; pero sabido es cuanto se diferencia el encargo de la delegacion.

*

(*) Los legados procónsules tambien podian nombrar tutores (242.), *l.* 15. *D. de offic. procos.*, aunque no ejercian jurisdiccion propia sino delegada, *l.* 13. *lug. cit.* Pero esta facultad no se les daba en virtud de la jurisdiccion delegada, sino de la oracion del emperador Marco, por medio de la cual se les conferia, al mismo tiempo que el procónsul les delegaba la jurisdiccion, *l.* 1. §. 1. *D. e. t.* Los dumviros tambien podian, con autoridad de los gobernadores, nombrar tutores con satisdacion, si eran pocos los bienes del pupilo (242.), *l.* 3. *D. de tut dat.*

244. Dándose los tutores en subsidio, es claro que la tutela dativa tiene lugar: 1.° cuando no hay tutor testamentario ni legítimo, *pr. Inst. e. t.*; 2.° cuando hay impedimento para ejercer la tutela testamentaria, pero aun se espera esta; y cuando se acaba por muerte, escusa ó remocion del tutor testamentario (242.), *l.* 11. D. *de test. tut.* §. 1. *y* 2. *Inst. e. t.*

(*) Véase lo que digimos en la nota del párrafo 205. (*El traductor.*)

245. Finalmente, siendo la dacion de tutor un acto legítimo (240.), se sigue: 1.° que solo puede darse puramente, pero no bajo de condicion, ni desde dia ó hasta dia (70.), *l.* 6. §. 1. D. *de tutel.* Lo contrario sucede en la tutela testamentaria. (213. 4.)

246. «La ley 12 del *tit.* 16. *Partida* 6. dispone, que en caso de »que no se nombrara tutor en testamento, ni hubiese pariente »cercano que quisiera encargarse de la tutela, el juez del lugar del do»micilio del pupilo, ó el que lo es del lugar del nacimiento, ó bien »del que fue domicilio del padre, debe nombrar tutor que sea bueno y »rico, asi que fuere requerido por los parientes ó amigos del huérfano, »ó bien por cualquiera del pueblo. Igual facultad atribuye al juez del »lugar donde aquel tiene la mayor parte de sus bienes.»

TITULO XXI.

De la autoridad de los tutores.

247. La edad del pupilo es imperfecta (201.), §. 6. *Inst. de Atil. tut.*; pero la del *infante* que no puede hablar lo es mucho mas que la de

---

244. *Se espera*) Como si se diese tutor en testamento bajo condicion, ó desde cierto dia, ó fuese aprisionado por el enemigo, ó se ausentase, ó apelase de la sentencia que le removia de su cargo.

Por muerte) Ulpiano *en d. l.* 11. *y* Paulo *en la ley* 6. *D. de legitim. tutor.* dicen, que muerto el tutor testamentario tiene lugar el legítimo, á no ser que se diga con Cuyacio, que estos jurisconsultos hablaron del tutor que murió viviendo el testador. Sobre esta opinion de Cuyacio controvierte esforzadamente Tomasio en las notas á Ulr. Huber. *Prælect. ad Inst. de his qui tut. test. n.* 3.

Por escusa) Esto es, voluntaria, mas no si fuese prohibitoria que existiese desde un principio.

Al fin) Por lo que divide esta tutela, con mucha propiedad, Huber. *Præl. Inst. e. t.* §. 2., en perpetua y temporal: aquella tiene lugar cuando no hay tutor testamentario ni legítimo, y esta cuando lo hay, pero no puede administrar por algun impedimento.

los *próximos á la infancia ó á la pubertad* (*). Por eso digimos que el tutor opera con *fuerza* sobre el infante, y con *potestad* sobre el *próximo á la infancia ó á la pubertad.* (203.)

(*) La infancia dura hasta los siete años cumplidos, *l.* 14. *D. de sponsal. l.* 18. *C. de jur. delib. l.* 1. §. 2. *D. de administ. tut.* Los que pasan de esta edad, pero que, siendo varones, no llegan á los diez y medio, ó siendo hembras á los nueve y medio, se llaman *próximos á la infancia*, y desde los diez y medio y nueve y medio hasta la pubertad, se dicen *próximos á la pubertad.*

248. El infante pues, no hace nada, sino que el tutor lo hace todo por él, *l.* 1. §. 2. D. *de adm. tut. l.* 9. D. *de adquir. hœred.* Pero el *mayor de la infancia* opera si el tutor quiere é interpone su autoridad, *l.* 9. D. *de adquir. hœr.* §. 9. *Inst. de inutil. stipul. l.* 1. *C. de adquir. posses.*, pues este suple la falta de juicio del pupilo, *l.* 32. § 2. D. *de adquir. vel amitt. posses.* Por lo que parece que los antiguos derivaron la palabra *auctoritas* (autoridad) del verbo latino *augeo*, que significa aumentar.

249. *La autoridad se define: un acto legítimo* (*) *por el cual el tutor aprueba solemnemente lo que hace el pupilo mayor de la infancia, y de lo que puede resultarle perjuicio.* De suerte que suple lo que falta á la persona del pupilo. (248.)

(*) Algunos no la consideran como tal, pero como en la ley 77. *D. de reg. jur.* no se numeran todos los actos legítimos (70.), y en la autoridad concurren todos los requisitos que les son peculiares, se debe tener por tal.

250. Siendo la autoridad un *acto legítimo*: 1.º debe interponerse inmediatamente en el mismo negocio (*); 2º estando presente el tutor, pues 3º si se interpone despues de algun tiempo por carta, por procurador, ó bajo de condicion, todo es nulo, §. 2. *Inst. e. t. l.* 9. §. 5. D. *e. t. l.* 8. D. *e. t.*

(*) Parece que se opone á esto la *l.* 25. §. 4. *D. de adquir. hœred.*, en la que se dice: *que preceda el mandato: que se interponga la autoridad, perfeccionado el negocio (præfecto negotio)*; en donde Jacobo Gotofr. á la *l.* 29. *D. de reg. jur.*, piensa que se debe leer *provecto negotio* (adelantado el negocio). Pero esta correccion no es necesaria, porque la ley no dice que el tutor interponga su autoridad

---

248. *Todo por él*) Pues el infante no se tiene por persona, porque no tiene perfecta la razon: por el contrario, el mayor de la infancia es como medio persona, y lo demas lo suple el tutor interponiendo su autoridad.

250. *En el mismo negocio*) ¿Y valdrá la autoridad interpuesta antes de perfeccionarse el negocio? Algunos juzgan que si; pero séanos lícito disentir de esta opinion. Hacerse autor de una cosa es aprobarla. *L.* 3. *D. e. t.* Y un negocio que no está perfeccionado es aun incierto y futuro y no puede ser aprobado. *Argum. L.* 14. *D. e. t. L.* 25. §. 4. *D. de adquir. hœred. L.* 31. *D. de uscupat.*

Presente) No basta la sola presencia y silencio del tutor para que se entienda que interpuso su autoridad; pues pudo detenerse por casualidad en el lugar donde contrae el pupilo, ó hallarse enfermo en él, ignorando de qué se trataba. *L.* 14. *D. eod.* Knorius.

antes de concluirse el negocio, sino *perfeccionado*, esto es, en el mismo instante en que queda esplicado el acto que da fuerza y perfeccion al negocio. Asi, v. gr., si interrogado el pupilo en el contrato de estipulacion respondia acorde á la pregunta, concluido que fuese este acto el tutor interponia inmediatamente su autoridad. Como la muger vivió antes bajo una tutela perpétua (201.), los antiguos disputaron si manumitiendo ella por medio de carta á un siervo ausente, el tutor deberia interponer su autoridad despues que la muger escribiese la carta, ó despues que el siervo la recibiese, porque se dudó si el acto estaria perfecto, y dada la libertad escrita la carta, ó despues que el siervo se hubiese informado de la voluntad de la dueña. Véanse *Fragm. de antig. Jurisc.* §. 15. *en* Schulting. *jurisprud. antejust. y la l.* 38. *pr. D. de adq. vel amitt. poss.*

251. La autoridad del tutor es necesaria siempre que el pupilo hace algun negocio que pueda empeorar su condicion. (249.) De donde se deriva aquel conocido axioma de derecho: es lícito *al pupilo hacer mejor su condicion sin autoridad del tutor; pero no empeorarla, sin la intervencion de él*, *pr. Inst. l.* 9. *pr.* D. *e. t. l.* 28. *pr.* D. *de pact. l.* 11. D. *de adquir. rer. dom.*

252. De lo que se sigue: 1.º que el pupilo puede estipular para sí, *l.* 9. *pr. D. e. t.*, aceptar donacion ó cesion, *l.* 2. *D. de aceptil.*, y adquirir por cualquier título lucrativo sin autoridad del tutor, *l.* 11. *D. de adquir. rer. dom.*; mas no, prometer, donar, ceder, entregar, enagenar. (*) 2.º Que los contratos celebrados con el pupilo no sabiéndolo el tutor, no obligan al pupilo; pero este obliga por ellos á los que han contratado con él (**), *l.* 13. §. 29. *D. de act. empt. pr. Inst. e. t.* Por esto dicen los doctores que tales contratos *claudican.*

(*) A no ser que el pupilo se haga mas rico, ó nazca obligacion *ex re* (de la cosa), pues en ambos casos se obliga civilmente, *l.* 1. *pr. l.* 5. §. 1. *D. e. t. l.* 46. *D. de oblig. et act. l.* 13. §. 1. *D. de condict. indeb.*

(**) Asi es, que á falta de autorizacion del tutor, los que hacen con el pupilo algun contrato quedan obligados á él, sin que el pupilo quede obligado á ellos. Pero no debe entenderse por esto que por falta de autorizacion en una venta, por ejemplo, podrá el pupilo exigir el precio sin entregar la cosa que vendió, ó exigir esta sin entregar el precio; pues entonces se enriqueceria con perjuicio de otro, lo que á nadie permite la equidad. (Pomp. *fr.* 206. *de reg. jur.*) Unicamente se quiere dar á entender que el pupilo podrá á su eleccion, hacer ejecútar el contrato, ó separarse de él, pero sin dividir las obligaciones respectivas que de dicho contrato resultan. *(Nota del Trad.)*

---

* *Que la muger*) Juliano creia que el tutor debia interponer su consentimiento al leer el siervo la carta, y no al escribirla su dueña; pues se entiende dada la libertad cuando el siervo sabe la voluntad de esta. Pero Neracio Prisco cree, sin duda mirando por la libertad, que basta que se interponga al escribir la dueña la carta; cuya opinion está conforme con la constitucion del emperador, *lug. cit.* Schulting.

251. *Mejor*) Se dice que él pupilo mejora su condicion si otro se obliga á su favor, y que la empeora, si él se obliga á otro. Por lo que facilmente se conocerá la razon porque el pupilo no puede adir una herencia, aunque sea lucrativa, sin la autoridad del tutor. §. 1. *Inst. e. t.* *

252. (*) *De la cosa*) Esto es, de la misma naturaleza del negocio, de la misma equidad de la cosa, y no como quieren algunos, de cuasi contrato, pues por este medio se obliga siempre el pupilo. Ulr. Hub. *Prælect. ad Inst. de inutil. stipul. n.* 2.

253. Dedúcese del mismo principio, que el pupilo no puede adir la herencia aunque le sea lucrosa, sin autoridad del tutor, *l.* 9. §. 3. *D. e. t.* §. 1. *Inst. e. t.* Esto proviene en parte de que la herencia nos obliga hácia los acreedores y legatarios, *l.* 8. *pr.* D. *de adquir. hær.*, y el pupilo no puede por sus hechos obligarse civilmente sin la autoridad del tutor, *l.* 46. D. *de obl. et act.*; y en parte, de que la adicion de la herencia fue antiguamente un *acto* solemne por la toma de posesion (*hereditatis cretio*) *Antigüed. Rom. lib.* 2. *tit.* 17. §. 15., y las cosas que necesitan de la solemnidad de derecho se deben hacer con autoridad del tutor (70.), *l.* 19. D. *de auct. tut.*

254. Como el tutor suple con su autoridad la falta de juicio del pupilo, y por lo mismo este y aquel se reputan como una sola persona que opera, es un axioma jurídico: *que el tutor no puede interponer su autoridad en cosa propia*, §. 3. *Inst. e. t. l.* 1. *pr. l.* 7. *pr. y* §. 2. D. *e. t.*

255. De lo que se infiere: 1.° que el tutor no puede comprar las cosas del pupilo, *l.* 3. 4. §. 7. D. *de contr. empt.*, sino públicamente y de buena fé, como en venta pública, *l.* 5. *C. lug. cit.*; 2.° que si hubiere pleito entre el tutor y el pupilo se dé á este un curador *ad litem* (para el pleito (*), §. 3. *Inst. e. t.*, y no tutor pretorio, como se hizo antiguamente, Ulp. *Fragm. tit.* 11. §. 24.

(*) Esto sucederá hoy raras veces, porque ni el acreedor ni el deudor del pupilo pueden recibir la tutela. *Nov.* 72. *cap.* 1. 2. 4. *Nov.* 94. *præf.* Pero si sobreviene algun pleito se nombra un curador. *Nov.* 72. *cap.* 1. 2.

256. »Segun nuestro derecho, la autoridad del tutor no es acto le»gítimo. En el caso en que el guardador tenga que contratar con el

---

253. *Adir la herencia*) Ni pedir la posesion de bienes, ni tomar la herencia por fideicomiso. *d.* §. 1. *Inst.*

Con los legatarios) Aqui resultan dos fundamentos de obligacion; pues el heredero queda obligado á los acreedores por el contrato que verificó el difunto, v. gr., mutuo, depósito; y con los legatarios y fideicomisarios por el cuasi contrato de la adicion, de donde nace la accion personal *ex testamento*. Véase *el* §. 985. *

Cretio) La palabra *cretio* viene de *decernendo*, determinando, porque el testador señalaba al heredero cierto espacio de tiempo en el cual determinase si quería adir la herencia. Las solemnidades de la ereccion las trae Merill. *Obs. l.* 4. *c.* 34. Véase *la nota al scolio* 538.

255. *En venta pública*) O verificando la venta el contutor. L. 5. *pr. D. e. t.* O si el pupilo llegando á mayor edad aprobase la compra. *d. l.* §. 2.

Y el pupilo) Lo que en el dia no puede verificarse, porque el pleito entre el tutor y el pupilo, aun cuando solo amenace, es justa causa de escusa y remocion. *

Tutor pretorio) Justiniano le llama curador *ad litem*, esto es, para el pleito, porque no se acostumbra á dar tutor al que ya lo tiene. * Pero lo mejor seria decir que antiguamente se daba el tutor, dejando al pupilo la facultad de obrar en juicio ó de entablar las acciones de la ley, hasta que quitadas estas solemnidades, se quiso dar curador en lugar de tutor. Merill. *al* §. *Inst. e. t.*

Al fin) Se sigue del mismo principio que el pupilo no puede hacer nada en libertad del tutor. L. 18. *y ult. D. e. t.*

» huérfano se le nombrará un curador especial al efecto. Finalmente, » los guardadores tienen la décima parte de los frutos asi naturales co- » mo industriales y civiles que produzcan los bienes del pupilo, dedu- » cidos los gastos del cultivo, en recompensa de sus cuidados, pero si » el pupilo fuere persona poderosa se señala al tutor una retribucion » moderada. *Ll.* 4. *tit.* 14. *part.* 6. 3. *tit.* 3. *lib.* 4. *del Fuero Juzgo,* » *y* 2. *tit.* 7. *lib.* 3. *del Fuero real.*»

TITULO XXII.

Modos de acabarse la tutela.

257. La tutela se estableció con el fin de amparar á los que no pueden defenderse por su corta edad (203.), por consiguiente, cesando esta causa se acaba la tutela.

258. Acábase pues: 1.º por la muerte, ya del tutor, porque un muerto no puede defender á un vivo, ya por la del pupilo, porque este no necesita entonces de defensa, §. 3. *Ins. e. t. l.* 4. *D. de tut. et rat. distr.* Por esta razon, la tutela no pasa á los herederos, los cuales aunque ejerzan la legítima, no es con el caracter de herederos, sino de próximos agnados del tutor que murió, y parientes del pupilo, *l.* 16. §. 1. *D. de tut. l.* 46. *D. famil. ercisc.*

259. Se acaba 2.º por cualquiera *capitis diminucion* que padezca el pupilo, y por la máxima y la media del tutor (*), §. 1. §. 4. *Inst. e. t. l.* 14. *pr.* §. 2. D. *de tut.*

(*) La tutela se acaba por cualquiera capitis diminucion del pupilo, porque ya sea que sufra la máxima, la media ó la mínima deja de ser cabeza libre; y con respecto al tutor se acaba por la máxima y la media, porque la tutela es un *cargo público*, y este no puede ejercerse ni por los siervos ni por los peregrinos. La capitis diminucion mínima del tutor no produce ningun efecto, porque el hijo de familia puede ser tutor; antiguamente se acababa por ella la tutela legítima, porque los derechos de agnacion se perdian por la capitis diminucion mínima; mas hoy que no existe diferencia alguna entre los agnados y cognados, *Nov.* 118. *cap.* 4., y que unos y otros pueden ejercer la tutela legítima, es claro que ni los derechos de congnacion se acaban por la capitis diminucion mínima, ni que aun cuando la sufra el tutor, se acaba la tutela.

260. Se acaba 3.º por la *pubertad.* Los *Casianos* quieren que esta se gradue por las apariencias corporales, y los *Proculeyanos* por la

---

258. *A los herederos*) El heredero varon y de edad legítima debe perfeccionar aquellos negocios que dejó incoados el difunto, para librarse de prestar el dolo y la culpa lata. Véase *la nota al* §. 975.

No con el caracter de herederos) Esto es muy claro, pues los herederos instituidos en el testamento del tutor no reciben la tutela, como tendria que suceder si pasase la tutela á los herederos.

260. *Por la pubertad*) Pero no cesa el oficio del tutor hasta que han sido nombrados curadores, *L.* 33. §. 1. *D. de administ. tut.*, y con respecto á las mugeres como estaban en perpetua curatela, concluida esta al cumplir los 25 años, revivia la tutela. *Estor.*

edad. Prisco juzgó que se debia atender á una cosa y á otra. Ulp. *Fragm. tit.* 11. §. 28. Justiniano siguió la opinion de los Proculeyanos y fijó la pubertad de los varones á los catorce años de edad, y la de las mugeres á los doce (*), *l. fin. C. quando tut. esse desin. pr. Inst. e. t.*

(*) Aunque la tutela se acaba *ipso jure*, llegando el pupilo á la pubertad, con todo, por la constitucion del emperador Marco no se concede á los menores la administracion de sus bienes, á menos que se nombre curador. Asi se debe entender la *l.* 33. §. 1. *D. de administr. et peric. tut. l.* 5. §. 3. *D. lug. cit. y l.* 28. §. 1. *l.* 31. *D. lug. cit.*

261. Pudiendo nombrarse el tutor testamentario puramente, bajo de condicion, y por un tiempo determinado, se sigue: 4.º que *llegando el dia, ó cumpliéndose la condicion*, se acaba la tutela testamentaria, §. 2. *y* 5. *Inst. e. t. l.* 14. §. 3. 5. D. *de tut.*

262. Tambien se acaba: 5.º por la *excusa*; y 6.º por la *remocion* del tutor, §. *ult. Inst. e. t.*; de las cuales se tratará en los títulos 25. y 26.

263. Finalmente, como que el tutor se da secundariamente para mirar por las cosas del pupilo, está por consiguiente obligado como administrador de cosa agena, á dar cuentas acabada que sea la tutela (207.), §. 7. *Inst. de Atilian. tut.* Si no las rinde, puede ser compelido con *el juicio ó accion de tutela*; y si no las presenta con probidad á causa de haber sustraido algunos bienes, se le persigue con la accion *de rationibus distrahendis* para que pague el duplo, *tit.* D. *de tut. et rat. dist.* Sobre la accion de tutela véase el *lib.* 3. *tit.* 28.

Justiniano) Aun antes de Justiniano fue admitida la opinion de los proculeyanos, no solamente por los jurisconsultos en sus respuestas, sino tambien por los rescriptos de los emperadores, como manifiesta á Costa *al pr. Inst. e. t.* Véase sobre esta materia la elocuente disertacion de Bynkershoek. *Observ. jur. Rom. lib.* 3. *cap.* 24.

Siguió) Los autores del derecho canónico adoptaron con respecto á las nupcias la opinion de los casianos. *Cap.* 3. *D. de desponsat. impuber.*, advirtiendo, que por el *estado del cuerpo* (*habitum corporis*) se ha de entender el aspecto y fisonomia esteriores, y no el reconocimiento ó inspeccion del cuerpo desnudo.

261. *La condicion*) Esto, siendo resolutiva, como si dijese el testador: sea Ticio tutor con tal que no se case. Lo cual es igual á darse el tutor hasta cierto dia.

Se acaba la tutela) Pero no la legítima, porque en la ley no se pone condicion alguna ni dia; mucho menos tendrá esto aplicacion con respecto á la dativa que es un acto legítimo que no admite condicion. *V.* §. 245. *

262. *Al fin*) Ademas se acaba la tutela si sobreviniese al tutor algun defecto moral ó físico que le impida ejercerla, como si se volviera sordo-mudo. *L.* 1. §. 2. *y* 3. *D. de tutel.* Pero no cesa la tutela por perder la vista el tutor, porque un ciego puede enterarse en los negocios. *L.* 16. *D. de aut. tut.* El mentecato pierde la tutela, pero no el furioso, porque este vicio puede ser temporal, pero aquel es perpetuo.

263. *Al fin*) Pues aunque estas acciones se diferencian por razon de su objeto y de sus efectos, convienen en que son todas famosas, y asi se hace infame el tutor que obró con dolo, por ser famoso el cuasi contrato de tutela. *L.* 1. *D. de his qui notant. infam.* *

264. «La ley 21. *tit.* 16. *Part.* 6. adopta las mismas disposiciones »que el derecho romano acerca de los modos de acabarse la tutela. »Sin embargo, la tutela legítima no debiera acabarse por la adopcion »del tutor, pues que no se estingue por ella el derecho de sucesion, »fundamento de aquella tutela, y porque nuestras leyes no hacen »diferencia entre agnados y cognados. La *l.* 17. *del cit. tit.* esplica la »obligacion que tiene el tutor de dar cuentas.»

TITULO XXIII.

De los curadores.

265. El curador y el procurador casi se toman por una misma cosa, segun aparece de la *l.* 1. *C. si tut. vel curat. interv.*, y de los muchos ejemplos con que lo ha demostrado Bynkershoeck. *Obs. lib.* 2. *cap.* 20.

266. Por tanto, la *curatela*, lo mismo que la procuracion, no es otra cosa que la *potestad de administrar los bienes y negocios familiares de aquellos que no pueden hacerlo por sí mismos*, *l.* 20. *D. de rit. nupt. y l.* 8. *C. de nupt.*

267. De aqui nace el axioma, que *el curador se da primariamente para los bienes, y secundariamente para la persona*, §. 2. *Inst. e. t. l.* 20. *D. de ritu. nupt. l.* 8. *C. de nupt. l.* 12. §. *penult. D. de admin. tut.* De lo cual se sigue: 1.° que los curadores no interponen *autoridad* como los tutores, sino que solo prestan su consentimiento, pues en la persona del menor no hay defecto que suplir; 2.° que al que tiene tutor se le puede dar curador, §. 5. *Inst. e. t.*

268. Dándose el curador á los púberes que no pueden administrar sus bienes, se sigue que lo reciban los *furiosos*, acerca de los cuales estableció la ley de las doce tablas que tuvieran los agnados y gentiles la potestad en sus bienes y facultades. (*) Cic. *Tusc. cues. lib.* 3. *cap.* 11. *de invenc. lib.* 2. *cap.* 50. §. 3. *Inst. e. t.*

(*) Aunque el magistrado puede por derecho nuevo nombrar curador á los furiosos con conocimiento de causa, *l.* 6. *l.* 13. *D. de curat. furios.*, sin embargo, si entre los parientes hubiere alguno hábil para ejercer la tutela, el magistrado no podrá escluirlo fácilmente, *l.* 13. *D. l.* 5. *C. lug. cit.*

---

265. *Se toman*) Se diferencian en el dia en que no puede existir procurador sin mandato del dueño, y el curador lo reciben aun los que no pueden dar sus poderes, como los furiosos, y los que no saben su nombramiento, como los ausentes. *

266. *Que no pueden*) Pues muchas veces no se atiende á la persona, como cuando se da para administrar los bienes. L. 1. *D. de curat. bon. dand.* *

268. *Furiosos*) Pero cesa la autoridad de los tutores dados á estas personas, durante sus lucidos intervalos, L. 6. *C. de curat. furios.*, aunque no se quita la curatela en aquel momento, sino que se suspende, si se sospecha que existe la locura bajo las apariencias de reposo. *

Confirieron) Es muy justo que se de por tutor de un padre furioso á su hijo. Los antiguos lo negaban fundados en que parecia indecoroso que un hijo dirigiese á su padre, y no atendiendo á que esta facultad del hijo se funda en la piedad mas bien que en la potestad. L. 4. *D. de curat. furios.*

269. Tambien se da á los *pródigos*, pues en su conducta se diferencian poco de los furiosos, *l.* 12. §. 2. D. *de tut dat.;* y á la manera de estos, estan bajo la curatela de sus parientes desde el dia en que el pretor les prohibe la administracion de sus bienes. Horac. *serm. lib.* 1. *sat.* 3. *Paul. sent. rec. lib.* 3. *tit.* 4. § 7. *l.* 10. *pr. l.* 15. *pr.* D. *de curat. furios. l.* 6. D. *de verb. obl.*

270. Como por las leyes de las doce tablas solamente se daba curador á los furiosos y á los pródigos, era ignominioso obligar á un hombre de sano juicio á que lo recibiese, y á privarle de la administracion y facultad de enagenar sus bienes, *l.* 2. D. *si à parente quis manumiss.*

271. La ley *Letoria* fue la primera que mandó que se diera curador con *conocimiento de causa*, no solo á los pródigos y dementes, como generalmente se cree, siguiendo el pasage mal entendido de Julio Capitolino, *Vida de M. Ant. cap.* 10. (*), sino tambien á todos los menores que lo pidiesen, pues es de derecho, que *al menor no puede dársele curador contra su voluutad*, asi por la razon espuesta en el párrafo anterior, §. 2. *Inst. e. t.*, como porque el curador hace las veces de procurador, y este no puede nombrarse sin el consentimiento del poderdante, *l.* 1. D. *de procur.* Finalmente, el emperador M. Aurelio Antonino mandó que pudiera darse curador á todos los menores, aun sin conocimiento de causa. Jul. Capitol. *lug. cit.*

(*) El pasage de Julio Capitolino dice asi: *de curatoribus vero, quum ante non nisi ex lege Lætoria, vel propter lasciviam, vel propter dementiam, darentur, ita statuit, ut omnes adulti curatores acciperent non redditis caussis.* De aqui infieren muchos, que por la ley Lætoria solamente se daba curador á los menores ó adolescentes que eran dementes ó pródigos; pero no es este el sentido de aquellas palabras; pues lo que dice el autor citado es, que antes de los tiempos de M. Antonino habia tres clases de curadoria: 1.ª la de los menores, segun la ley Lætoria: 2.ª la de los pródigos, que el autor llama *lascivos*: 3.ª la de los furiosos, que él llama *demen-*

---

269. *A la manera de estos*) Esta curatela no estaba espresamente establecida por la ley de las doce tablas, sino que se dedujo de ellas por interpretacion estensiva, porque los pródigos suelen dar á sus cosas el mismo fin que los furiosos. * Parece mas exacto decir que por la ley de las doce tablas se resolvió tambien acerca de la curatela de los pródigos, segun aquellas palabras de Ulpiano en los *Frag. tit.* 12. §. 1. La ley de las doce tablas manda *que esten en la curatela de sus agnados el furioso y el pródigo á quien se privó de la administracion de sus bienes*: *Lex XII. tabb. furiosum, itemque prodigium cui bonis interdictum est, in curatione jubet esse agnatorum:* y segun el §. 3. de las *Inst.* y la *ley* 13. *D. e. t.* Ademas, en la esposicion que hace Jac. Gothofredo de la ley de las doce tablas, se hace mencion de los pródigos en la tabla 5., como observa Schulting. que siente lo mismo. V. *los Fragm.* de Ulp. *lug. cit.*

De sus bienes) Paulo. *Sent. lib.* 3. *tit.* 4. §. 7., trae la elegante fórmula de esta interdiccion: pues que con tu malversacion dilapidas los bienes de tus padres y abuelos, y reduces á la indigencia á tus hijos, te prohibo su administracion y manejo. *Quando tibi bona paterna avitaque nequitia tua disperdis, liberosque tuos ad egestatem perducis, ob eam tibi, ea re commercioque interdico.*

271. *Del poderdante*) Y tambien porque los jóvenes romanos estaban bajo la inspeccion del tribuno de los soldados, de los filósofos ó de los jurisconsultos. Ever. Otton. *al* §. 2. *Inst. e. t.*

★

tes. Que como por la ley Lætoria no se atendiese cuanto era necesario por los menores, supuesto que solamente se les daba curador si lo pedian y con conocimiento de causa, estableció M. Antonino: 1.° que todos los adolescentes recibiesen curador: 2.° que se les diese aun sin conocimiento de causa, siendo asi que antes por la ley Lætoria, si pedian los menores curadores, habia que inquirir si habia justa causa para ello, no fuera que lo pidiesen para contraer deudas. V. *Antig. Rom. e. t.*

272. Desde este tiempo, pues, se estableció el antiguo principio que dice: *que á los menores no se puede nombrar curador contra su voluntad*, §. 2. *Inst. de curat.*, sino á los que lo piden, *l.* 13. §. 2. D. *de tut. et curat. dat.*, y consienten, *l.* 2. §. *penult. et ult.* D. *qui petant. tut. et curat.* Pero como la administracion del tutor no acaba hasta que se nombra el curador, todos los menores estan obligados á pedirlo, porque segun lo dispuesto por el emperador Antonino, ni pueden gobernarse sin el ausilio de un curador, ni se les permite la administracion de sus bienes, aunque la ejerzan bien (*), *l.* 1. §. *ult.* D. *de minor.*

(*) Revardo acusa á Triboniano de inadvertencia, suponiéndole ignorante de las leyes de su tiempo, porque negó que podia darse curador á los menores contra su voluntad; pero esto no es exacto, porque aun despues de los tiempos de Antonino no se daba curador á los invitos, sino á los que lo pedian. Mas Antonino inventó un modo de compeler á todos los jóvenes á que lo pidieran, prohibiéndoles que recibiesen del tutor la administracion de sus bienes. (260.)

273. La *curatela* es *legítima* ó *dativa*. Aquella es la de los furiosos y pródigos (268. 269.), esta la de los menores y otros que por vicio corporal ó por ausencia no pueden cuidar de sus cosas, §. 4. *Inst. e. t. l.* 65. §. 3. *D. ad SC. Trebell.* No tiene lugar la *testamentaria*, porque segun la ley de las doce tablas el padre de familia puede disponer de la tutela, mas no de la curatela de su cosa. (208.) Sin embar-

---

272. *Contra su voluntad*) A no ser para pleitos ó para recibir los pagos que hay que hacerles ó para las cuentas que tiene que darles su tutor. En estos casos, si el menor no pidiese curador, pueden pedirlo la parte contraria, el deudor ó el tutor si quieren asegurar la validez del pleito, del pago ó de las cuentas. §. 2. *Inst. de curat.* L. 7. §. 2. *D. de minor.* L. 7. *C. qui per tut.*

Todos) Hubero en sus *Prælect. Inst. e. t.* §. 1. nos opone las *leyes* 7. §. 2. *D. de minor.* y la 3. *C. de in integ. rest. minor.* Segun las cuales consta que ningun menor estuvo nunca sin curador. Pero aun cuando esto suceda de hecho, no debe servir de argumento contra el derecho, pues tambien puede ocurrir que esten los pupilos sin tutor, si los cognados son negligentes en pedirlo. *

273. *No pueden cuidar de sus cosas.* Tambien se une un curador al tutor testamentario ó dativo que no son idóneos para la tutela, con tal que no administren dolosamente, pues entonces se les removeria como sospechosos, y al tutor legítimo no idóneo, aunque sea sospechoso de fraude, pues como pariente ó patron del pupilo se guarda con él esta consideracion. §. 5. *Inst. e. t.* Se da tambien curador en lugar del tutor mientras se escusa, *d.* §. 5. Y á los bienes del póstumo y demas que se espresan en las leyes 3. 5. 8. y 9. *D. e. t.* Con respecto á los ciegos, jamas hemos leido que se les dé curador, porque suple su falta corporal la penetracion del ingenio; sin embargo, tampoco puede decirse que esté prohibido nombrársele.

No tiene lugar) Pero el que se da al furioso en testamento debe ser confirmado, porque los padres pueden sustituirle cuasi pupilarmente. Véase el §. 564. *

go: el curador dado en testamento se confirma (215.), §. 1. *Inst. e. t.*

274. Danse los curadores por los mismos magistrados que nombran los tutores, §. 1. *Inst. e. t.*, y pueden serlo todos los que tienen disposicion para ser tutores; bien que si han desempeñado la tutela tienen escusa legítima, §. 18. *Inst. de excusat. tut.*

275. Asi como la tutela termina con la pubertad, asi la curatela de los menores acaba con la mayor edad; es decir, á los veinte y cinco años cumplidos (*), *l.* 1. §. *ult. D. de min.*, á no ser que el menor obtenga vénia de edad, *l.* 2. *de his qui ven. ætat.* La de los furiosos y enfermos fenece recobrando estos la salud, *l.* 1. *pr. D. de curfurios*; y la de los pródigos, con la reforma de sus costumbres, y la suspension de la interdicion de los bienes decretada por el pretor, *l.* 1. *pr. D. lug. cit.*

(*) Esto se estableció por la ley Letoria, *l.* 2. *C. Theod. de donat.*, la que por lo mismo llama Plauto *quinavicenaria*, *Pseud. act.* 1. *scen.* 3. *v.* 68. Letorio y otros parece que creyeron que el término mas largo de la vida humana era un siglo, y por esto se asignó á la juventud la cuarta parte de este período. Asi opina Gulding. al *tit. D. de min. XXV. ann.* §. 4. *y* 6.

276. Siendo el tutor compelido á dar cuenta con la *accion directa de tutela*, lo es tambien el curador con el *juicio útil de tutela*, aun durante la curatela, *l.* 3. *C. arb. tut. l.* 16. §. 11. *l.* 20. *D. de tut. et rat. distrah.* Se dice util, porque las acciones que por interpretacion estensiva se aplican con identidad de razon á casos semejantes que no se espresaron en las palabras de la ley ó del edicto, suelen llamarse *útiles*, §. *ult. Inst. de leg. Aquil.*

277. Finalmente, considerándose el curador como procurador (265.), y no pudiendo este constituirse sino por el dueño de los bienes, *l.* 1. *D. de procur.*, resulta, que aquel á quien el tutor ó curador, obligado de alguna enfermedad ú otra causa, nombra á su riesgo y por decreto del magistrado antes de la contestacion del pleito, no se llama curador, ó procurador, sino *actor* (*), § *ult. Inst. e. t.*

(*) Pero puede el pupilo mayor de la infancia, como dueño de sus bienes, nombrar procurador con autoridad del tutor. Lo mismo pueden hacer en juicio el tutor y curador, con tal que el pleito esté contestado, *l.* 11. *de procur.* La razon de esto se esplicará en el *lib.* 4. *tit.* 10.

Se confirma) Siendo la confirmacion el acto que suple el defecto de una cosa, es claro que hecha la confirmacion, este curador es testamentario, segun lo que dijimos en el §. 215. *al fin.*

274. *Tutores*) Y con conocimiento de causa, porque algunos solian fingirse furiosos. *L.* 6. *de curat. furios.* Si se da el curador para administrar bienes inmuebles, no le nombrará el juez del domilio, sino el del lugar en donde estan sitas las cosas, porque el curador no se da para la persona sino para las cosas.

275. *Vénia de edad*) Pueden solicitar esta dispensa los varones de buenas costumbres á los veinte años de edad, y las mugeres recomendables por su honestidad y natural disposicion á los diez y ocho; pero obtenida no pueden enagenar ni obligar sus bienes inmuebles sin decreto judicial, no obtante privárseles del beneficio de restitucion *in integrum* con respecto á los actos ejercidos despues de obtenida la vénia. *L.* 1. *l.* 2. *y* 3. *C. de his qui ven. ætat.*

278. »Nuestras leyes no reconocen mas curaduria que la dativa. »El juez es el que nombra siempre al curador, si bien en el caso que »lo hubiese designado el padre y fuese util al sucesor, deberá con»firmarlo. La curadoria no se da contra la voluntad de los menores »sino para comparecer en juicio. Una ley de Partida declara incapaz al »marido respecto de la curadoria de su muger. Pero esta incapacidad »cesa por una ley de la Nov. Recop. en que se da facultad al marido de »18 años para la administracion de sus bienes y de los de su muger. »*Véanse las leyes* 13. *tit.* 16. *P.* 6. *y la* 7. *tit.* 2. *lib.* 10. *Nov. Recop.*»

TITULO XXIV.

De la satisdacion de los tutores ó curadores.

279. Llámase *satisdacion* la *caucion que se presta dando* fiadores, *l.* 1. D. *qui satisd. cog.*, pues aunque no sea desconocida la caucion *pignoraticia*, *l.* 1. § 9. D. *de collat. bon.*, la *juratoria*, *l.* 17. *C. de dignit.*, y la *nudamente promisoria*, §. 2. *Inst. de satisdat.*, el pretor siempre exige la satisdacion, particularmente cuando es incierta la estimacion del daño que puede resultar, *l.* 7. D. *de prætor. stipul.*

280. Administrando los tutores y curadores bienes agenos, y estando por lo mismo obligados á rendir cuenta (263. y 276.), es muy justo que si recae en ellos alguna sospecha ambos den satisdacion de que conservarán los bienes del pupilo ó del menor, *pr. Inst. e. t. l.* 1. *sig.* D. *rem. pup. salv. fore.*

281. Dando satisdacion solamente aquellos en quienes recae sospecha, se sigue que estan exentos de prestarla los tutores dados en testamento, porque se cree que el padre habrá elegido personas idóneas (*), *l.* 7. *i.* §. 5. *C. de curat. furios.*, y los nombrados *con inquisicion* por los magistrados mayores, pues esta equivale al juicio paternal y al vínculo de la caucion. *l.* 13. §. *ult.* D. *de tut. dat. l.* 3. *l.* 4. *C. de tut. qui satis. non ded. pr. Inst. e. t.*

(*) Por lo que tampoco estan obligados á afianzar aquellos que son nombrados por padres que no tienen derecho de hacer tales nombramientos, y son confirma-

---

279. *Dando fiadores*) Se dice que da satisdacion el tutor que promete por medio de fiadores que guardará ilesos los bienes del pupilo. Ademas está obligado el tutor á prometer bajo juramento que hará lo que sea útil al pupilo, y que omitirá lo inútil; y á formar inventario de todos los bienes del menor. *L.* 7. *Authent quod nunc. C. de curat. furios. L.* 2. 4. *C. de administ. tut.*

281. *Idóneas*) A esto puede oponerse la *l.* 5. *D. de confir. tut.*, donde se lee, que debe dar caucion el tutor nombrado en testamento: pero facilmente se contesta advirtiendo que el testo citado no habla del tutor dado por el padre, sino del que nombró el tio en quien no se presume tanta diligencia como emplea el padre cuando se trata del interes y bien estar de sus hijes. *

* *Deben afianzar*) Antes bien no tienen que afianzar, porque se confirman por el magistrado con inquisicion, y los dados con inquisicion se libran de dar fianza. Sin embargo los confirmados por los magistrados menores deben afianzar, pues que estos magistrados no constituyen tutores con inquisicion, sino con satisdacion. *Knorio.*

dos por el magistrado, pues se consideran como tutores testamentarios. (215.) Pero los nombrados en testamento por una persona estraña, y confirmados despues de la inquisicion, deben afianzar, porque se tienen por tutores dativos.

282. Por el contrario, deben dar fianza todos los tutores *legítimos* escepto los patronos y los hijos de estos, *l.* 5. §. 1. D. *de legit. tut.*; los nombrados *sin inquisicion* por los magistrados menores, y los testamentarios legítimos y dativos que habiendo muchos se ofrecen á administrar los bienes, §. *Inst. e. t.* Para que la tutela no se divida entre muchos, se dará á aquel que se *ofrece*, si uno solo es suficiente para desempeñarla, y sino se ofrece ninguno, se dará al designado por el *testador*; no designando este á nadie, al que eligiere la *mayor parte de los tutores*, y si estos no eligieren, el pretor interpondrá su oficio y nombrará uno de entre ellos, el cual dará fianza á los cólegas como *tutores honorarios*, *l.* 3. §. 1. *sig.* D. *de administr. tut.*

283. De lo que se infiere, que los *magistrados menores* que dan tutores sin inquisicion exigen satisdacion (281.), *l. ult.* C. *de magistr. conven.*; mas como esta se presta dando fiadores (279.), y la fianza se otorga por medio de estipulacion, *l.* 8. *pr.* D. *de fidejuss.*, se sigue, que el pupilo mayor de la infancia puede estipular que se le conserven sus bienes, lo que tambien puede hacer el siervo propio ó público (*) en lugar del infante (252. 1.), *l.* 2. D. *rem. pup. salv. for.*

(*) El siervo propio adquiria para el amo por medio de su estipulacion, §. 2. *Inst. de stipul. servi*; mas el siervo público podia estipular para el pupilo, porque estaba en el dominio de la república, y bien podia estipular para otro en nombre público, *l.* 3. *de prætor. stipul. l.* 1. §. 4. *D. ut. legator.* V. Jac. Gothof. *ad l.* 73. §. *D. de reg. jur. pag.* 322.

284. Estos fiadores estan obligados á responder por el tutor; y asi es, que si acabada la tutela el tutor no puede ser demandado, ó si perseguido con la accion de tutela no tiene con qué pagar, se da contra ellos accion *ex stipulatu. Tit. de fidejuss. et nomin.*

---

282. *Se ofrecen*) Si se ofrecen muchos, se prefiere el mas idóneo; y si todos quisiesen la administracion, debe el pretor conferírsela á todos. *L.* 17. *y* 18. *D. de testam. tut.*

Honorarios) Estos tutores no administran, sino que son como unos observadores del gerente. Sin embargo, pueden ser reconvenidos por el pupilo, despues de hacer escusion en los bienes del administrador. *L.* 3. §. 2. *D. de administ. et per. tut. L.* 1. §. 15. *D. de tut. et rat. distrah.*

283. *De estipulacion*) Por ejemplo, de esta suerte: *¿afianzas que se conservarán salvos mis bienes?—Afianzo.*

284. *Fiadores*) Y se dan siempre *in solidum*, esto es, quedan obligados todos por el todo, y son reconvenidos *in solidum*, por el todo, sin disfrutar del beneficio de division, que compete en otros casos á los fiadores. *L.* 7. *y lig. D. fidej. et nominat.*

Con que pagar) Estan obligados al pago, ademas de los fiadores, los que los nombraron y confirmaron, pues los que nombraron á personas no idóneas, ó afirmaron que lo eran, hacen veces de fiadores. *L.* 4. §. 3. *al fin. D. de fidejuss. et nominat.*

285. Si á pesar de esto el pupilo no puede conseguir sus bienes, se da subdiariamente accion contra el magistrado menor que admitió fiadores insuficientes, y aun contra sus herederos, si procedió con dolo ó culpa lata, *l.* 1. D. *de magistr. conv.*

286. «Las leyes 94. *tit.* 18. *Part.* 3. *y* 9. *tit.* 16. *Partida* 6. que imponen á los tutores la obligacion de afianzar, hablan solamente de »los legítimos, por lo que algunos intérpretes creen que estan es»cluidos de dar fianza los tutores testamentarios: sin embargo, en la »práctica se exige fianza á todos los tutores. Antes de entrar en la tu»tela deben jurar su fiel y exacto desempeño, y hacer inventario de »los bienes del huérfano. *Ll.* 9. y 15. *tit.* 16. *Part.* 6.»

TITULO XXV.

De las escusas de tutores y curadores.

287. Siendo la tutela un cargo público, es claro que casi todas las causas que escusan de un cargo público personal, tambien escusan de la tutela y curatela (*).

(1) No sucede asi respecto de la inmunidad de los demas cargos públicos, porque esta no se estiende á la tutela, *l.* 17. §. 3. *l.* 15. §. 12. *D. e. t.*

288. Llámase escusa en el sentido jurídico (*) la *escepcion ó motivo por el cual ó no se compele ó se prohibe á una persona que reciba algun cargo público, y por consiguiente la tutela.* Por tanto la escusa es ó *voluntaria ó necesaria*: aquella aprovecha si se opone; esta sirve de obstáculo aunque no se oponga: aquella exime de recibir la tutela; esta inhabilita de continuar en ella. Ambas comprenden á todos los tutores. *Huber. Præl. Inst. e. t.* §. 20.

(*) Los jurisconsultos y los gramáticos dan á esta palabra distinta significacion. Entre estos escusarse es alegar causa para eximirse de recibir algun encargo; mas entre aquellos se dice que se escusan aun los que tienen prohibicion para ser admitidos, *l.* 1. §. 3. *D. de postul. l.* 11. *D. de decurion.*

---

285. *El magistrado menor*) Contra el magistrado mayor no se podia proceder, porque nombraba los tutores con inquisicion, y no admitia fiadores. Por esta razon se puede proceder hoy contra todos los magistrados que admitieron fiadores poco idóneos. Pero no pueden ser reconvenidos con la accion *in factum*, como opina Teófilo, *e. t.* §. 2., sino por la misma accion con que se reconviene á los tutores. L. *ult. D. de magistrat. conveniend.* Merill. *al* §. 2. *Inst. e. t.* Acursio llama á esta accion, accion subsidiaria de tutela.

288. *Se prohibe*) Diferéncianse, pues, las escusas voluntarias de las necesarias, en que aquellas pueden renuciarse, mas no estas. Por ejemplo, escusa de la tutela el tener cinco hijos, pero cualquiera que se halle en este caso puede dejar de alegar tal escusa; y al contrario, si el menor quisiera ser tutor, se le prohibiria que lo fuese.

A toda clase de tutores) Cujacio, Merillo y otros autores intentan en vano probar que no comprenden las escusas á los tutores legítimos. Véase tambien á Schultingio, á Ulpian. *tit* 11. §. 17.

289. Las escusas *voluntarias* nacen ó de *privilegio*, *l.* 12. *C. e. t.*, ó de *impotencia*, ó de temor *de perder la reputacion*. Gozan de privilegio: 1.° los que tienen en Roma *tres* hijos vivos, naturales y legítimos, en Italia *cuatro*, y en las provincias *cinco* (*), *l.* 1. §. 2. *sig. D. excus. pr. Inst. e. t.;* pero los hijos que estan en el seno de sus madres no sirven de escusa, como tampoco los adoptivos, los ilegítimos y los muertos, á no ser que hayan perecido en la guerra, pues entonces se supone que viven perpetuamente por gloria, en la memoria de la patria, *pr. Inst. e. t. l.* 76. *D. de condit. et demonst. l. ult.* D. *de vacat. et excus. mun.*

(*) La ley Papia Poppea concedió este privilegio con el objeto de aumentar la poblacion. *A. V. C.* 762. Dion. Cass. *lib.* 56. *pag.* 662. *l.* 64. §. 1. *D. de condit. et dem.* Jac. Gothof. *á la ley Pap. Popp. cap.* 8. *pag.* 285. Véase nuestro comentario á esta ley. *Lib.* 2. *cap.* 9. *y la Hist. jur. civil. lib.* 1. *tit.* 166.

290. Por la constitucion del emperador Marco gozan tambien de igual privilegio: 2.° los que administran las cosas fiscales, dominicas, el patrimonio del príncipe, los tributos y vectigales, y los arrendadores del fundo pertenecientes al fisco (*), §. 1. *Inst. e. t. l.* 41. *pr.* D. *lug. cit. l.* 10. *C. lug. cit. l. ult. C. qui dar. tut. poss.*

(*) ¿Pueden tambien escusarse los administradores y arrendadores de las cosas de la ciudad? Espresamente se niega en la *l.* 15. §. 7. *y* 10. *D. e. t. l.* 10. *D. de jur. fisc. l.* 2. *de jur. reip.*, porque á las ciudades no compete el derecho del fisco. Huber. *Præl. ad D. tit. de jur. fisc.* §. 2.

291. Escúsanse tambien por privilegio: 3.° los *ausentes por causa de la república*, no solo de la tutela recibida y de la que habrian de

---

289. *Hijos*) Tambien se comprenden los nietos de un hijo muerto, porque representan á su padre, asi es que aunque sean muchos, solo hacen las veces de uno. L. 3. *C. de his qui num. lib. pr. Inst. e. t.*

De sus madres) Pues la regla de que los póstumos se tienen por nacidos, ha de entenderse cuando se trata de su interes; aqui se trata del interes de los padres y no del de los hijos.

Los ilegítimos) Ni los aprisionados por los enemigos. L. 2. *C. de his qui num. lib.*

De la patria) Pues no se borran sus nombres de la matrícula de los militares. Merill. *ad Inst. e. t.* Esta ley está tomada de los atenienses. Gell. *lib.* 2. *cap.* 15.

290. *Dominicas*) Con el nombre de cosas fiscales se entienden los bienes que tenia el príncipe, como tal: con el de cosas dominicas, las que estan en el dominio de la república. Ademas estan exentos de la tutela todos los que el príncipe nombró para algun encargo, mientras estan ocupados en él. L. 22. §. 1. *D. e. t.*

El patrimonio del príncipe) Dábase este nombre á los bienes que poseia el príncipe como particular.

Al fisco) Los bienes que pertenecian al estado se llamaban bienes del fisco ó erario: tales eran los tributos y vectigales: por tributos se entendia la contribucion que se imponia al pueblo con relacion á las facultades de cada individuo, y por vectigal los demas derechos y contribuciones que se exigian. (*Nota del Trad.*)

La escusa fundada en el arrendamiento del fundo del fisco era voluntaria entre los romanos, porque aunque estuviesen hipotecados al fisco los bienes del tutor, quedaba bastante asegurado el pupilo con los fiadores que se le daban.

recibir durante su ausencia, sino de la que pudieran recibir dentro de un año despues de su vuelta, §. 2. *Inst. e. t. l.* 10. *pr. y* §. 2. *D e. t.* Aquellos que tienen que ausentarse por causa de la república haciendo un viage á la otra parte del mar, ó que mudan de domicilio por mandato del príncipe, pueden dejar la tutela recibida, *l.* 11. §. 2. D. *de min. l.* 12. §. 1 D. *e. t.*

292. Se escusan por privilegio: 4.° los magistrados revestidos de potestad, §. 3. *Inst. e. t.;* esto es, aquellos que pueden prender, mandar, conducir ó llevar á la carcel, Gelio. *lib.* 13. *cap.* 15., por lo que no sirve de escusa la edilidad, *l.* 17. §. 4. D. *e. t.* Igual privilegio se concede tambien á los senadores, *l.* 15. §. 3. D. *e. t.*; á los dumviros, *l.* 6. §. 16. D. *e. t.*, y finalmente 5.° á los maestros de primeras letras, retóricos, filósofos, médicos, jurisconsultos y á todos los profesores de artes liberales (*), si son de los del número ó tienen facultad para ello, *l.* 6. *C., de profess. et med.*, y enseñan en la patria con esmero, *l.* 6. §. 6. *y* 9. D. *e. t.*

(*) Hay tambien otros privilegios de esta clase, como por haber obtenido alguna victoria atlética, *l.* 6. §. 13. *D. e. t. l. un. C. de athlet.*, por ser miembro del colegio de artesanos y molineros, *l.* 17. §. 2. 3. *l.* 4. §. *ult. D. e. t.*, y por ejercer el oficio de medidor de granos, *l.* 28. *D. e. t.* Pero esto no tiene lugar en el dia.

293. Escusan por *impotencia* (289.): 6.° tres tutelas en una casa, con tal que no sean afectadas ni leves, §. 5. *Inst. e. t. l.* 5. *l.* 15. §. 15. D. *e. t.*, Asi pues, se debe atender mas bien á su carga que á su número; de lo que se infiere, que basta una tutela onerosa para servir de escusa, *l.* 31. §. 4. *D. e. t.*; 7.° la pobreza, §. 6. *Inst. e. t.*; 8.° la enfer-

---

291. *De su vuelta*) Este año se llama de vacacion, el cual se daba tambien á los veteranos al recibir su licencia, y durante este año valia su testamento hecho militarmente, como lo espone en el §. 506. *

292. *Cárcel*) Cuales eran el consul, proconsul, el pretor, el gobernador, censor, dictador, el prefecto de la ciudad y el pretorio.

A los senadores) Pueden escusarse los senadores de la tutela de los hijos de otros que no tengan esta dignidad, pero no de la tutela de los hijos de senadores ó de otras personas constituidas en dignidad dentro de cien millas de la ciudad. L. 13. §. 3. L. 21. §. 3. *D. e. t.* Tampoco se escusa el militar de la tutela de hijos de militares, ni el profesor de artes liberales de la de hijos de profesores; pues es regla general: *que el privilegiado no puede usar de su privilegio contra otro igualmente privilegiado.*

Los jurisconsultos) Antiguamente solo gozaban del privilegio de escusarse los profesores de derecho en Roma; pero Constantino dió esta inmunidad á los profesores de artes y á los doctores de leyes. *D. l.* 6. *de profess. et med.* Lo que no se debe estender á los que defienden causas en el foro, pues la constitucion de Constantino solo se estiende á los que enseñan á otros los estudios y las artes.

293. *Ni leves*) Por lo que no se contarán las tutelas honorarias que no tienen anejo cargo de administracion. L. 15 *D. e. t.*

La pobreza) Y tal, que si se obligara á uno á tomar la tutela, no le quedase el tiempo suficiente para proporcionarse lo necesario á su subsistencia. Antiguamente esta escusa era voluntaria, porque podia cualquiera dar fiadores, pero hoy es necesaria, porque no se da la tutela al que no tiene facultades ó bienes inmuebles en que pueda tener el pupilo tácita hipoteca. *

medad por la cual uno no puede cuidar de sus cosas, §. 7. *Inst. e. t.*; 9.º el no saber leer ni escribir, §. 8. *Inst. e. t.*; pero esto se entiende cuando la tutela no es tan ténue que baste el natural despejo para ejercerla, *l.* 6. §. *fin.* D. *e. t.*; 10.º la edad septuagenaria (*), *l.* 3. D. *de jur. immun.* §. 13. *Inst. e. t.*, sin faltar ni un dia siquiera, *l.* 2. *pr.* D. *e. t.*

(*) Está quivocada la *l.* 3. *C. qui ætate vel prof.*, en donde se dice, que bastan los cincuenta y cinco años. Véase á Cuyacio en dicha ley.

294. Finalmente, se escusan por el peligro de perder la *reputacion*: 11.º aquellos que fueron enemigos capitales del padre del pupilo, §. 9. *y* 11. *Inst. e. t.*, y se les admite la escusa, no con el objeto de fomentar un odio que muchas veces no aplaca ni la muerte del enemigo, sino como dice Vinio, con el de evitar las desfavorables sospechas que pudieran formarse contra el tutor y de prevenir su remocion.

295. Estas son las escusas voluntarias. Son escusas *necesarias* ó *prohibiciones*: 1.º el furor, la demencia, la sordera, la ceguera, *l.* 1. §. 2. *y* 3. D. *de tut. l.* 3. *C. qui dar. tut. l. un. C. qui morb. se excusat.*; 2.º la menor edad, §. 13. *Inst. l.* 10. §. 7. D. *e. t.*; 3.º la milicia, §. 14. *Inst. e. t. l.* 4. *C. qui dar. tut.*; 4.º el pleito con el pupilo sobre todos ó la mayor parte de los bienes, §. 4. *Inst. e. t.*, siendo hoy suficiente que se tema cualquier pleito, *Nov.* 72. *cap.* 1. 4. *Nov.* 94. *præf.*; 5.º el sacerdocio y el monacato, *Nov.* 123. *cap.* 5., escepto en cuanto á la tutela legítima, cuyo ejercicio se concede á los presbíteros y á los diáconos; 6.º el matrimonio, el cual prohibe que el marido reciba la curatela de la muger, *l.* 2. *C. qui dari tut. l.* 14. *C. de cur. furios.*, cuya prohibicion tambien se estiende al esposo, *l.* 1. §. *ult.* D. *e. t.*

296. Escusa especialmente de la curatela el haber desempeñado la tutela (274.), §. 15. *Inst. e. t. l.* 20. *C. lug. cit.*; pero esta escusa no

* *Está equivocada*) Tal vez no esté equivocada, porque habla del decurionato. Sobre esto anota á Heinecio Everardo Otton al §. 13. *Inst. e. t.* V. Dionis. Gothof. *á dicha ley.*

294. *Enemigos capitales*) Y no se hubieren reconciliado. §. 11. *Inst. e. t.* Esta escusa debiera esponerse entre las necesarias, pues no oponiéndola el tutor, es removido de la tutela. L. 3. §. 12. *D. de susp. tut.*

295. *Necesarias*) Acerca de las escusas necesarias es regla: *los que no pueden desempeñar la tutela ó son sospechosos de fraude ó dolo, no son admitidos á ella.* *

Que se tema) En el dia no puede ser tutor ó curador el deudor ó acreedor del pupilo, porque podrian convertirse en enemigos suyos. *Nov.* 72. *c.* 1. *y sig.* Lo cual no tiene lugar en la madre ó en la abuela, y por identidad de razon en el padre ó en el abuelo. *Nov.* 94. *c.* 1., ni como algunos equivocadamente juzgan, en el tutor testamentario, cuyas relaciones con el pupilo conocia el testador. Ulr. Hub. *Prælect. Inst. e. t. n.* 15. Pero si se contrajese dicha obligacion tomada ya la tutela, se une al tutor otro tutor ó un curador, *d. Nov.* 72. *c.* 2.

El marido) El marido no puede ser curador de su esposa por la misma razon porque no puede un curador casarse con la muger cuya tutela ejerció, para que no se dispense de dar cuentas de su administracion. Pero si tomase su tutela es removido sin infamia. L. 1. §. *ult. e. t.* L. 4. *C. de excusat.*

*

aprovecha al liberto á quien el patrono nombró tutor y curador de sus hijos, *l.* 5. *C. e. t. l.* 14. §. 3. *l.* 24. D. *lug. cit.*

297. Como las escusas voluntarias no aprovechan si no se oponen (288.), se sigue: 1.º que antes de oponerse, la persona nombrada es tutor *ipso jure*, *l.* 31. *pr.* D. *e. t.*; 2.º que si despues de haber examinado las causas espuestas se rechazaren como falsas, todos los daños recaigan sobre él desde el tiempo en que fue nombrado, *l.* 1. *C. si tut. vel cur. fals. alleg. excuss. l.* 39. §. 6. D. *de administr. tut.*; 3.º que para evitar esto, es muy conveniente que el tutor reciba la adminitracion desde el momento en que es nombrado, protestando que no usará de fraude en las escusas que ha de esponer.

298. Siendo la escusa una especie de escepcion (288.), *l.* 5. *l.* 8. D. *de excep. l.* 43. D. *de reg. jur.*, se sigue: 1.º que el tutor nombrado puede usar de muchas escusas, §. 16. *Inst. e. t.*; 2.º que debe esponerlas todas á un tiempo, *l.* 13. §. 8. D. *e. t.*, y delante del tribunal, *l.* 25. D. *e. t.*, dentro de cincuenta dias continuos si habitare dentro de cien millas (*lapidem*) de la ciudad; si habitase mas distante se conceden al tutor que se ha de escusar un dia por cada veinte millas y treinta dias mas, de manera que nunca tenga menos de cincuenta dias, §. 16. *Inst. e. t. l.* 13. §. 1. D. *e. t.*; 3.º síguese por último, que no pueda apelar, hasta que se decrete le inadmision de la escusa (*), §. 16. *Inst. e. t. l.* 1. §. 2. D. *quando appellat.*

(*) Lo contrario sucede en otros cargos públicos, *l.* 1. §. 2. *D. quando appellat.*

299. «Las leyes 2. y 3. *tit.* 17. *Part.* 6. señalan casi las mismas causas de »escusa que las romanas. Sin embargo, se advierten varias diferencias. »Los veteranos no tienen el privilegio de escusarse. Se escusan los que »tienen cinco hijos vivos ó muertos en batalla ó en servicio de Dios ó del »rey. Los recien casados quedan libres de desempeñar la tutela, duran»te los primeros cuatro años de su casamiento. Los doctores en leyes no »quedan escusados de la tutela como no sean jueces ó consejeros del »rey. Es indefinido el número de clases que se escusan por causa de la »profesion ó arte que ejercen. La ley 3. *tit.* 29. *lib.* 7. de la Novísima »Recopilacion permitia escusarse de la tutela á los que tuvieran doce ó

---

297. *Se rechazaren como falsas*) Pero si despues se declarasen suficientes, no recaen sobre él los daños. Pues está sentencia se retrotrae siempre al tiempo en que fue constituido tutor. ✠

298. *Lapidem*) Se usa de esta palabra en lugar de millas, porque estas se significaban en Italia con piedras, segun la ley Sempronia.

Cincuenta dias) De suerte, que se le concederán siempre cincuenta dias continuos para el camino y para proponer la escusa, y si viviere á mas de cincuenta millas del lugar de la tutela, se le dará ademas un dia por cada veinte millas de esceso. Doviat. *not. ad Teoh. paraph. e. t.* §. 17.

La inadmision) Porque no se puede apelar hasta que se ha recibido el perjuicio por la sentencia; y la sola dacion de tutela no grava á nadie; sino la inadmision de la escusa. ✠

»mas yeguas de vientre; pero esta ley está derogada por el art. 15. del »decreto de 17 de febrero de 1834.»

TITULO XXVI.

De los tutores y curadores sospechosos.

300. Como la tutela y la curadoria se concluyan por la escusa y por la remocion (262. 6.), y se haya hablado ya de la primera, se tratará de la segunda en este título.

301. Son removidos de la tutela los tutores *sospechosos.* Llámanse *sospechosos* los que *no se manejan con fidelidad*, §. 5. *Inst. e. t.*; tales son los que por dolo, culpa ó negligencia no cumplen con su cargo, aunque tengan con que pagar, *dicho* §. 5. De aqui es, que ni la pobreza induce sospecha contra alguno, ni las riquezas eximen de la tutela, *l.* 8. D. *e. t.* §. *ult. Inst. lug. cit.*

302. Interesando al Estado que queden salvos los bienes del pupilo, se ha establecido el *crimen de sospechoso*, esto es, *la acusacion cuasi pública para remover, y algunas veces para imponer una pena arbitraria al tutor ó curador que no procede con integridad.*

303. Se llama acusacion (*) *cuasi pública*, §. 3. *Inst. l.* 1. §. 6. D. *e. t.*; porque todos pueden hacerla; pero no es pública, porque no se hace ante el magistrado que tiene mero imperio, sino ante el pretor, gobernador y otros que ejercen jurisdiccion ordinaria, propia ó delegada, *l.* 4. *pr.* D. *de off. ejus. cui mandat. jurisdict.*

(*) Usaban los estóicos de la palabra *cuasi* cuando hablaban por analogía. Por esto decian que los animales no *se encolerizan*, sino que *cuasi se encolerizan*; no *temen*, sino *cuasi temen*; no *ven*, sino *cuasi ven*, *cuasi viven* &c. Plutarc. *de so-*

---

301. *Negligencia*) Se deja, pues, al arbitrio del juez que estime cuales sean causas justas para remover al tutor como sospechoso, L. 3. *D. e. t.* Joh. Vœt. enumera muchas, *á las Pand. e. t.* Tambien puede ser tenido por sospechoso el tutor, antes de recibir la tutela; como si fuese contumaz, si se portase fraudulentamente, ó si hubiese procedido con dolo en otra tutela.

Con su cargo) Ya ha observado Hubero, *Prælect. Inst. e. t.* §. 5. que la palabra cargo significa aqui *deber.* No faltan quienes oponen el §. 5. *Inst. e. t.*, segun el cual puede ser removido por sospechoso aun el que no tomó la tutela, á lo cual debe contestarse, que el deber del tutor es obrar, y el que no lo hace asi, no cumple con su deber. *

Eximen) Solamente el proceder del tutor es lo que le hace sospechoso, pues si peligran los bienes del pupilo por la pobreza del tutor, puede unirse á este un curador idóneo, ó bien obligarle á dar fianzas. L. 6. *c. e. t.*

303. *No es pública*) Pues no proviene de ninguna de las leyes que establecen las acciones públicas, ni el acusador incide, si desiste de ella, en lo dispuesto por el senadoconsulto Turpiliano. V. la nota abajo puesta. V. *delegada.*

Delegada) Pues no es propiamente un delito público, porque no atenta contra la seguridad del estado, ni amenaza por él pena, ni se procede contra él criminalmente. Pero como pueden entablar esta acusacion toda clase de personas, se dice crimen cuasi público. *



llert. animal. Los jurisconsultos imbuidos en los principios estóicos (18.), tambien dijeron: no solamente los hijos de los senadores, sino tambien los *cuasi hijos* de estos, *l.* 6. §. 2. *l.* 7. *pr. D. de senator.*; no solamente las cosas sagradas, sino tambien las *cuasi consagradas.* Cic. *epist. á Atic. lib.* 12. *epist.* 19. *y* 53., no solamente contratos, delitos, posesion, tradiciones, acusaciones públicas, remedios posesorios; sino que tambien inventaron *cuasi contratos*, *cuasi delitos*, *cuasi posesion*, *cuasi tradicion*, acusaciones *cuasi públicas*, remedios *cuasi posesorios.*

304. Siendo esta acusacion cuasi pública, se sigue que todos pueden acusar, como los contutores, *l.* 3. *pr.* D. *e. t.*, los libertos, *l.* 3. §. 1. D. *e. t.*, y aun las mugeres, á pesar de que no pueden acusar en otras causas, *l.* 1. §. 7. D. *e. t. l.* 2. D. *de accussat.*; y no solamente las parientas, sino otras cualesquiera, con tal que no traspasen el pudor del sexo (*), §. 3. *Inst. e. t.* El pupilo no puede acusar; pero el puber sí puede hacerlo contra su curador, con tal que sea con consejo de sus parientes, *l.* 7. D. *pr. y* §. 4. *Inst. e. t.*

(*) Tambien el magistrado puede proceder de oficio contra el tutor sospechoso y removerlo, porque debe perseguir á los perversos, *l.* 3. *l.* 13. *D. de offic. præs. l.* 3. §. 4. *D. e. t.*

305. Interesando al estado que no sean malversados los bienes del pupilo, se sigue que pueden ser acusados todos los tutores, *l.* 1. §. 5. D. §. 2. *Inst. e. t.*, aunque ofrezcan afianzar, *l.* 5. *l.* 6. D. *y* §. *ult. Inst. e. t.*, y hasta los legítimos, aunque por su parentesco con el pupilo, se mira por su fama y no se remueven, sino que se les acompaña un curador, pues de este modo se impide que la infamia recaiga tambien sobre el pupilo, *l.* 9. D. *e. t.*

306. Siendo el objeto de esta acusacion la remocion del tutor sospechoso, se sigue: 1.º que inmediatamente que sea acusado se le prive de la administracion, mientras se concluye el pleito, §. 7. *Inst. e. t.*; 2º que si se le condena como reo de dolo ó culpa lata, se le remueva con infamia, §. 6. *Inst. l. ult. C. e. t. l.* 7. §. 1. D. *e. t.*; ó sin infamia, si so-

---

304. *Los contutores, los libertos*) Tienen obligacion de acusar los contutores, los libertos y la madre del pupilo. Si no acusan los primeros recaen sobre ellos los daños causados: los libertos tienen obligacion de acusar, porque no deben permitir que el tutor se enriquezca con los bienes de los hijos del patrono. *

El puber) Con tal que sea mayor de 17 años. L. 1. §. 3. *D. de postul.* *

Removerlo) Si hubiera claros motivos para ello. L. 3. *cit.*

305. *Pueden*) En el párrafo 281 se ha dicho, que en los tutores testamentarios y en los nombrados por los magistrados mayores no recae sospecha; pero aunque es cierto que en ellos no recae la presuncion de dolo y negligencia, recae la accion de sospechoso si se probare lo contrario, pues la presuncion cede á la verdad. *

Aunque ofrezcan afianzar) Porque la fianza no quita las malas intenciones del tutor, antes por el contrario le da facultad para utilizarse por mas tiempo del patrimonio del pupilo. L. 6. *D. e. t.* Ademas, es mas conveniente al pupilo que no se le perjudique á su patrimonio, que el tratar despues de recibido el daño, de la indemnizacion. L. 5. *D. e. t.*

306. *Con infamia*) Lo contrario sienten Merillo, Noodt., Everardo Otton y Guadagni, *Inst. e. t.*; pero es mas conforme á derecho la opinion del autor.

lamente es reo de culpa leve, *l.* 3. §. *ult* D. *l. ult. C. e. t.*; 3.° que si se oculta ó impide que se asignen alimentos al pupilo, puede ponerse á este en posesion de los bienes del tutor (*), §. 9. *Inst. l.* 3. §. 14. *l.* 7. §. 2. D. *e. t.*

(*) Y no solamente para que los custodie, sino para que se le asignen los alimentos. Cuando se teme que con la demora se pierdan algunos bienes, el pretor puede mandarlos vender, §. 9. *Inst. l.* 3. *l.* 7. *D. e. t.*

307. Pudiendo tambien procederse contra el tutor para que se le imponga una pena arbitraria (302.), se sigue: 4.° que si este ó el curador son acusados por un delito mas atroz cometido en el ejercicio de la tutela, se entreguen al prefecto de la ciudad (esto es, al magistrado que tiene mero imperio), para que les imponga el castigo que merezca su delito, §. 10. *y* 11. *Inst. l.* 1. §. *ult.* D. *e. t.*

308. Finalmente, como esta accion, aunque civil en si, imita en en cierto modo á los juicios públicos (303.), se sigue: 5.° que muerto el reo antes de la sentencia, ó acabada entretanto la tutela de cualquier modo, este crimen se estingue, §. 8. *Inst. l. penult.* D. *l.* 1. *C. e. t.*, porque ni el tutor muerto puede ser removido, ni acabada la tutela hay necesidad de este remedio, puesto que al pupilo se dispensa toda la proteccion necesaria por medio de la accion de tutela.

309. «Ademas de establecer nuestro derecho la regla general que »el romano para conocer qué tutor es tenido por sospechoso, especifica »algunas otras causas, y son: haber malversado los bienes de otro huérfano ó enseñádole malas costumbres. Haberse descubierto despues de »nombrado que era enemigo del huérfano ó de sus parientes. Negar »delante del juez falsamente que no podia dar alimentos al huérfano. »No haber hecho el inventario sin justo motivo. No amparar judicial y »estrajudicialmente los bienes del que tiene en guarda. Ocultarse cuan»do supiese su nombramiento. *L.* 1. *tit.* 18. *Part.* 6.»

Con respecto á los testos que oponen, debe advertirse, que en ellos no se habla de culpa lata, sino de la leve, pues siempre que se menciona simplemente en nuestro derecho la culpa, se entiende la culpa leve. V. la *not. sig.*

Reo) No es nueva esta tésis; defiéndenla entre otros Hubero, *Prælect. Inst. e. t.* §. 6. La razon de esta doctrina no debe buscarse en la *ley* 226. *D. de verb. signif.*, sino en que esta causa no es criminal, pues que dimana de un delito que se castiga civilmente. En tales delitos se tiene la culpa lata por dolo y hay lugar á la infamia segun la *ley* 11. §. *ult. D. de his qui not. infam. y la ley* 1. §. 2. *D. si his qui testam. lib. esse jus.*

307. *Son acusados*) Asi se verifica tambien en otras causas civiles, en las cuales, si aparece delito, se remiten al juez que tiene jurisdiccion criminal, y se suspende la causa civil hasta que se pronuncia sobre la criminal.

LIBRO SEGUNDO.

TITULO PRIMERO.

Division de las cosas, y modo de adquirir su dominio.

310. Hasta aqui se ha tratado de las personas, primer objeto del derecho, síguese el segundo, que son las *cosas*, cuya esplicacion se hará (74.), en el libro segundo y tercero y en el principio del cuarto.

De la division de las cosas.

311. Asi como los jurisconsultos distinguen al *hombre* de la *persona* (75.); asi tambien hacen diferencia entre *cosa* y *pecunia*, pues aquella comprende aun las cosas que no estan en nuestro patrimonio y esta solamente lo que hay en él, *l. 5. pr. D. de verb. sin.* Agustin. *de doct. crist. c.* 8. *p.* 585. *tom.* 6. *opp.*

312. Por tanto los jurisconsultos llaman *cosa á lo que es de tal naturaleza que puede estar entre los bienes*, *y pecunia*, *á todo lo que verdadera y actualmente está en nuestro patrimonio.* Huber. *Præl. Inst. e. t.* §. 1.

313. Las cosas se dividen en primer lugar en cosas de *derecho divino ó de derecho humano.* Aquellas son ó *sagradas* ó *religiosas.* Las *santas* se consideran en cierto modo de derecho divino (*), *l.* 1. *pr. D. e. t.* Estas divisiones participan de la supersticion pagana.

(*) Justiniano en el *pr. Inst. e. t.* divide las cosas en *comunes*, *públicas*, de *corporacion*, de *particulares*, ó *de ninguno*. Estas últimas se subdividen en *sagradas*, *religiosas*, y *santas*. Pero nosotros preferimos seguir á Cayo.

314. Fueron *sagradas* las *cosas públicamente consagradas* (*) (á los dioses superiores) *por los pontífices, ó por el príncipe como sumo pontífice*, §. 8. *Inst. e. t. l.* 6. §. 3. *l.* 9. *pr. y* §. 1. 2. *D. e. t.*

---

311. *Los jurisconsultos*) Algunas veces la palabra cosa significa entre los jurisconsultos utilidad ó emolumentos, como cuando se dice, accion de *in rem verso*, *procurator in rem suam &c.*

313. *De derecho humano*) El conocimiento de las cosas de derecho divino pertenecia al pontífice, el de las de derecho humano al magistrado: v. gr. si se trataba de vender un campo para sepultura, este asunto lo decidia el magistrado; si de la traslacion de los cadáveres, habia que acudir al pontífice, cuyos cargos se abrogó en los últimos tiempos el soberano.

(*) La consagracion se debia hacer públicamente, esto es, por pública autoridad, para que no se introdujese ningun rito ni ceremonia perteneciente á religion estraña, sobre cuyo particular fueron muy celosos los romanos. Bynkershoek *de relig. pereg. cap.* 1. *y* 2. Por lo que, aun cuando alguno consagrase privadamente alguna cosa, no quedaba sagrada sino profana, *l.* 6. §. 3. *D. e. t.* La misma práctica se observó entre los atenienses, á quienes les fue prohibido *hacer misterios en su casa.* Corn. Nep. *Alcib. cap.* 3. Mas no deben confundirse *las cosas que privadamente se han hecho sagradas*, con los *sagrados privados* de los dioses Penates, pues estos no se constituian privadamente, sino por autoridad de los pontífices, quienes por esta razon la interponian tambien en las confarreaciones, arrogaciones y derechos de las casas. Cic. *pro domo*, *cap.* 13. Macrob. *Saturn. lib.* 1. *cap.* 16.

315. De aqui infirieron los romanos: 1.° que las cosas sagradas no estaban en los bienes de nadie, *l.* 1. *pr. l.* 6. §. 2. *D. e. t.*, y que por lo mismo, 2.° no podian valuarse, obligarse ni enagenarse (*), *l.* 9. §. 5. *D. e. t.* §. 8. *Inst. e. t.*; antes por el contrario, 3.° aun cuando el edificio se destruyese, el lugar siempre quedaba sagrado, *l.* 6. §. 3. *D. e. t.* Plin. *lib.* 10. *epístola* 76., á no ser que los enemigos se hubiesen apoderado de él, *l.* 36. *D. de relig.*, ó hubiesen sido evocados los dioses, *l.* 9. §. 2. *D. e. t.*

(*) Los príncipes cristianos permitieron enagenarlas para redimir cautivos, §. 8. *Inst. e. t. Nov.* 120. *cap.* 10., para alimentar los pobres en caso de hambre pública, *l.* 21. *C. de SS. eccles.*, y para pagar las deudas de la iglesia, *Nov.* 120. *cap.* 10.

316. Cosas *religiosas* eran los sepulcros dedicados á los dioses Manes. Gruter. *de jur. man. lib.* 3. *cap.* 1. Cada uno podia hacer religioso un lugar propio, y *puro*, enterrando en él un muerto, *l.* 6. §. 4. *D. e. t. l.* 2. §. 4. *l.* 8. §. 3. *D. de religios.*

---

314. (*) *Por pública autoridad*) Era, pues, necesario obtener el consentimiento del pueblo, la autoridad del senado ó decreto del príncipe. Pues los templos se hacian sagrados: 1.° por inauguracion: 2.° por lustracion ó purificacion, y 3.° por la dedicacion. V. Hein. *Antig. Rom. e. t. n.* 2.

315. *El edificio*) Porque verificadas todas las solemnidades de la consagracion, se creia que lo ocupaba la religion de tal modo que jamas podia pasar al dominio de los particulares. Por derecho canónico, arruinada ó incendiada una iglesia deja de ser sagrado el lugar que ocupa. *C. Eclessiis de consecr. dist.* 1., pero no si se arruinase el techo y permaneciesen ilesas las paredes. *Cap.* 6. *D. de Cons. Ecles. y la glosa, allí.*

Evocados los dioses) Acerca de los ritos con que se hacia esta supersticiosa evocacion pueden verse las disertaciones de Henrique Coceyo y de Juan Guil. Bergerio.

316. *Podia hacer religioso*) Por lo cual observa Gelio. *Noct. Atic. lib.* 4. *cap.* 9., que la palabra religioso viene de la voz latina *relinquendo*, abandonando; porque en cuanto se hacia religioso un campo no se podia cultivar y habia que abandonarlo. Por eso en los epitafios de los romanos se ve designado el número de pies que ocupa el terreno religioso á lo largo y á lo ancho.

Un lugar suyo) Segun derecho canónico no se hace religioso el lugar por la inhumacion de un cadáver, sino por la consagracion ó bendicion del obispo.

Y puro) Esto es, que no fuera ya religioso.

317. De estos principios inferian: 1.° que el cenotafio, esto es, el sepulcro honorario, no era religioso, *l.* 42. *D. de religios.*, segun lo determinaron espresamente los emperadores *Antonino y L. Vero. l.* 7. *D. e. t.*; contra la opinion de Marciano, *l.* 6. §. *ult.* D. *e. t.*; 2.° que los sepulcros estaban exentos del comercio de los hombres (*), *l.* 2. §. 1. *D. de religios. l.* 14. *C. de legat.*; 3.° que sepultado un cadaver en diversos lugares, solamente era religioso aquel en que estaban los miembros principales, como la cabeza, *l.* 44. *pr. D. de religios.*; 4.° que el que enterraba un muerto en lugar ageno ó público, podia ser compelido con la accion *in factum* á sacar el cadaver ó á pagar el precio del lugar, *l.* 7. *pr. l.* 8. §. 2. *D. de religios.*; 5.° que tambien los sepulcros quedaban religiosos, á no ser que los restos del cadaver se trasladasen con autoridad de los pontífices, *l.* 44. §. 1. *D. de religios.* Plin. *lib.* 10. *epistola* 73. Es digno de admirar que aun los cristianos se hubiesen conformado á estas ideas, *l.* 14. *C. de relig.*

(*) Los sepulcros no se numeraban entre los bienes, ni estaban en el comercio; mas no asi el derecho de enterrar un muerto. De aqui fue, que podia legarse este derecho, mas no los sepulcros, *l.* 14. *C. de legat.* Y asi se ha de entender la inscripcion comunmente usada en las losas sepulcrales. *Este sepulcro pasa á los herederos*, *l.* 5. *l.* 6. *pr. D. de religios.*

318. Finalmente, las cosas santas se tomaban en dos sentidos (*), ó en cuanto que se consagraban solemnemente á los semidioses ó á los genios, Gisb. Cuper. *Obs. lib.* 3. *cap.* 16. §. 332., ó en cuanto se establecia alguna sancion penal, pues el que cometia alguna cosa contra ellas era condenado á muerte, *l.* 8. *pr. D. e. t.* El signo de esta santidad era la verbena, yerba sagrada que nacia en la esplanada ó espacio de terreno al rededor de los muros dentro y fuera de la ciudad en que no era permitido habitar ni arar (*pomæria*), *l.* 8. §. 1. *D. lug. cit.*, y que llevaban los feciales para que todos conociesen que eran sacrosantos é inviolables. Liv. *lib.* 30. *cap.* 43.

(*) Por lo cual es facil de comprender por qué no solamente los muros sino tambien las puertas de la ciudad eran cosas santas, §. 10. *Inst. e. t.*; aunque Plutarco espresamente niega que estas lo fuesen, *cuest. rom. cap.* 87. En el primer sentido solamente son santos los muros y *pomeria*, mas en el segundo lo son tambien las puertas, las trincheras y los muros de los castillos, *l.* 5. §. 17. *D. de re milit.*, las puertas, *dicho párrafo* 8., y aun las personas, como los padres y patronos, *l.* 9. *D. de obseq. par. et patr.*; los tribunos de la plebe, Livio, *lib.* 2. *cap.* 32. Dionys. Halicarn., *lib.* 6. *pag.* 410.; los embajadores, *l. ult. D. de legacion.*

319. Es pues claro, que no podia introducirse, clavarse, agre-

---

317. *Al fin*) El que hacia escavaciones en estos lugares cometia sacrilegio, como se lee en Jac. Sponio. *Miscell. erud. antiq.* Estor.

318. (*) *Los muros*) Los romanos y los griegos creian que estaba afecta á los muros cierta especie de religion: por lo que dice Eurípides en boca de Hipólito. *¡O saver Theburum murus!*

garse ó ponerse alguna cosa encima de las murallas ó puertas; 2.° ni tampoco repararse sin consentimiento del príncipe ó del gobernador, *l.* 8. §. 2. *l.* 9. §. 4. *D. e. t.*; 3.° que si alguno los saltaba ó violaba era condenado á muerte, *l. ult. D. y* §. 10. *Inst. e. t.*, como sucedió con Remo, segun dicen los antiguos, *l. ult. D. e. t.* Liv. *lib.* 1. *cap.* 7.

320, Aunque todas estas cosas se resientan de la supersticion pagana (313.), sin embargo, desde los tiempos de Constantino las cosas se consagraron de tal modo entre los cristianos, que el dominio de ellas se ofrecia á Dios, y se tenian como ocupadas por la religion, por lo cual se ve adoptado este principio en el derecho canónico con las consecuencias esplicadas en el párrafo 265. *C. de SS. Eclesiis.*

321. Deben distinguirse de las sagradas las eclesiásticas, pues *estan mediatamente dedicadas sin consagracion al culto divino.* Asi es que pueden enagenarse por cierto tiempo ó para siempre, cuando convenga á la Iglesia, *l.* 14. §. 5. *l.* 17. §. 1. *C. de SS. ecles. Nov.* 120. *cap.* 7., mediando decreto y conocimiento de causa, segun se practica en la enagenacion de los bienes del menor. Strik. *Cautel. contr. sect.* 1. *cap.* 3. §. 7.

322. Entre los canonistas son religiosos, no solamente los sepulcros y cementerios, sino tambien los hospitales, casas de espósitos, de huérfanos y de pobres. Lancell. *Inst. derecho canónico*, *lib.* 2. *tit.* 17. Por esto se bendicen con agua los cementerios, y estan sujetos á la jurisdiccion eclesiástica, privando de la participacion de ellos á los hereges, paganos y escomulgados.

323. « Nuestras leyes de Partida hicieron la trimembre division »de cosas en sagradas, religiosas y santas. Por sagradas entendemos »nosotros las consagradas por autoridad competente, como los obispos, »al culto público de Dios, v. gr., las iglesias, cálices, ornamentos &c. »Los cementerios no son tenidos entre nosotros por religiosos porque se »entierre en ellos el cuerpo ó la cabeza de un hombre, como dice la ley »1. *tit.* 28. *Part.* 3., sino por haberlos consagrado ó bendecido los obis»pos. Cosas santas son segun la ley 15. *tit.* 28. *part.* 1., los muros y »puertas de la ciudad, ó todas aquellas cosas que son inviolables. Asi »es que los muros y puertas solo se consideran como santos, por estar »al abrigo de la violacion de los hombres mediante alguna sancion.»

324. Hasta aqui de las cosas de derecho divino. Las de derecho humano ó son *comunes ó públicas*, ó de *corporacion* ó de *particulares* (312.), *pr. Inst. l.* 2. *pr. D. e. t.*

325. Son *comunes las cosas cuya propiedad es de ninguno, pero*

---

319 *Condenado á muerte*) En el dia se distingue entre la violacion de las fortificaciones ó de las murallas; y tambien si se hizo con ánimo hostil, ó por otra causa.

322. *Decreto*) Ya de la potestad eclesiástica ó de la civil, segun la disciplina y costumbres de los diferentes lugares.

cuyo uso es de todos los hombres, §. 1. *Inst. l.* 2. §. 1. *D. e. t. Públicas son aquellas cuya propiedad es del pueblo, pero cuyo uso pertenece á cada uno de sus individuos. De corporacion, aquellas cuya propiedad es de alguna corporacion, y cuyo uso de cada uno de sus miembros* (*); *l.* 6. §. 1. D. *e. t. l.* 14. *D. de adquir. rer. dom.*

(*) Esta division se deriva de los estóicos (18.), los cuales fingieron tres especies de república; una *máxima*, en la que se contenian los dioses y los hombres; otra *menor*, que era la que se formaba por la reunion de cada pueblo, Senec. *de otio sap. cap.* 31., y la *mínima*, en que se comprendian las corporaciones de cada poblacion. Como cada una de estas repúblicas tenia su patrimonio, resultó que las cosas que estaban en el de la *máxima* se llamaron *comunes*, las que en el de la *menor*, *públicas*, y las que en el de la *mínima*, *de corporacion.* Sin embargo, los antiguos confundieron algunas veces las cosas comunes con las públicas. Ger. Nootd. *Probabil. lib.* 1. *cap.* 8.

326. Son pues *comunes segun estos principios*, el aire, el agua corriente, el mar y sus riberas, *l.* 2. §. 1. D. *e. t.* §. 1. *Inst. e. t. Públicas*, los rios, puertos y riberas, y por lo mismo cualquiera puede atracar y descargar sus naves en ellas, secar sus redes y pescar en el rio, *l.* 5. *pr.* D. *e. t.*, á no ser que alguno haya prescrito por el ejercicio no interrumpido de largo tiempo el derecho de pescar en alguna ensenada; *l.* 7. *D. de diu. et temp. præscript.* Son *de corporacion* los teatros, estadios, curias y senáculos, esto es, las casas en que se junta el senado, *l.* 6. §. 1. *D. lug. cit.*

327. Los bienes que alguna corporacion adquiere y cuyo uso no se concede á cada uno de sus miembros, no se llaman cosas de *corporacion* sino *patrimonio de corporacion*, segun la definicion arriba espresada. (325.) Por lo que el siervo público no era cosa de corporacion sino patrimonio de ella, *l.* 6. §. 1. *D. e. t.*

328. »Nuestras leyes admiten la distincion fundamental de los

---

325. *Públicas*) Esta definicion es propia del estado democrático del pueblo romano.

A cada uno de sus individuos) No pocos opinan que el uso de las cosas públicas pertenece por derecho de gentes á todos los hombres, Hub. *Inst. e. t. n.* 5. y Guadagn. *Inst. jur. civ. e. t.* §. 12. *Scol. n.* 3.

326. *El aire*) Cuando se toma por el espacio, es el cielo de aquel cuyo es el suelo.

Las playas del mar) Esto ha sufrido una completa alteracion en el dia; pues los mares estan en el dominio del príncipe, y no se concede á todos indistintamente el uso de las cosas públicas y de las riberas. V. *Elem. jur. nat. et gent. lib.* 2. §. 177.

Las riberas) Las riberas no son cosas públicas en el sentido que los rios y los puertos; pues aunque el uso de aquellas se dice público, como el de los rios, no es su propiedad del estado como la de los rios y puertos, sino de los dueños de los campos limítrofes, que no son limitados. L. 5. *D.* §. 4. *Inst. e. t.* No así por derecho de gentes. Grot. *de jur. bell. et pac. lib.* 2. *cap.* 8. §. 8.

327. *De sus miembros*) O al menos no gratuitamente; pues muchas veces pertenece un molino, por ejemplo, al patrimonio de una corporacion y puede cada individuo usar de él; pero pagando cierto precio.

»romanos de cosas comunes, públicas y de universidad, con la diferen- »cia de que á las primeras las dicen comunes á todas las criaturas, y »las públicas las hacen de uso comun á todos los hombres. *Ll.* 2. *y* 3. »*tit.* 28. *part.* 3. Ademas los príncipes conceden el uso de muchas »cosas que por derecho romano se dicen públicas, ya porque no po- »dian ser divididas cómodamente, ya porque si todos indistintamente »las usasen, se convertiria tal uso en abuso, y quedarian al fin ani- »quiladas. Estos derechos se han llamado regalias de la corona.

329. *Cosas privadas ó de particulares* son aquellas que *estan en el patrimonio de algun individuo*, bien sea realmente ó por ficcion, como sucede en las cosas hereditarias, las cuales aunque no estan en los bienes de ninguno antes de la adicion de la herencia, *l.* 1. *pr. D. e. t.*, con todo, la herencia yacente representa en muchas cosas la persona del difunto, *pr. Inst. de stipul. ser. l.* 61. D. *de adquir. rer. domin.*

330. La otra division en cosas *mancipi* y *no mancipi* (*) fue abolida por Justiniano, *l. un. C. de nud. jur. quirit. tollend.* En el título siguiente se esplicará la tercera, á saber: en *corporales* é *incorporales*. Ahora pasamos á tratar del modo de adquirir el dominio de las cosas, siguiendo á Justiniano.

(*) Cosas *mancipi* eran entre los antiguos las cosas preciosas. Binkersh. *de reb. mancipi et nec mancipi*, *p.* 109.; tales eran los prédios itálicos, los derechos de los prédios rústicos, los siervos, los cuadrúpedos enseñados á trabajar, la herencia, los hijos de familia (136.), las perlas. Plinio *hist. nat. lib.* 9. *cap.* 35. Ulpian. *Fragm. tit.* 19. §. 1. Las demas cosas eran *no mancipi.* En nuestras Antigüedades Romanas hemos esplicado mas latamente estas acepciones. (V. la nota al §. 77.)

Adquisicion del dominio de las cosas.

331. El derecho que versa acerca de las cosas se dice derecho *en la cosa* (in re) ó *á la cosa* (ad rem), palabras que suministra el derecho canónico; el civil admite tambien esta distincion, *cap.* 8. *de concess. præb. in* 6. *y cap.* 40. *de præbend. et dignit. in* 6. *l.* 19. *pr. y l.* 13. §. 1. D. *de damn. inf. l.* 3. *pr. y l.* 25. D. *de oblig. et action.*

332. El *derecho en la cosa es la facultad que compete á uno en una cosa, sin respecto á persona alguna* (segun define Enr. Hub. con Grocio). *El derecho á la cosa es la facultad que compete á una persona contra otra, para obligarla á dar ó hacer alguna cosa*, al cual pertenecen las obligaciones que no pasan de la persona. Huber. *Præl. á la Inst. e. t.* §. 12. Del primero trataremos en los títulos si-

---

329. *Por ficcion*) Esta ficcion tuvo por objeto el evitar que si se consideraban las herencias yacentes como fuera del dominio se apoderase cualquiera de ellas. *

331. *Admite*) Como se deduce de dar el derecho civil acciones ya personales ya reales. A veces el derecho *ad rem* se llama derecho en la persona, para diferenciarlo del *jus in rem*, que se dice derecho en la cosa. *

guientes, y del segundo en los últimos títulos del libro tercero y en los primeros del cuarto.

333. De la primera definicion se sigue: 1.° que el derecho en la cosa no es momentáneo, ni se acaba aunque la cosa haya sido hurtada ó perdida. De aqui la regla: *que lo que es mio no puede ser mas mio*, §. 30. *Inst. de legat.* §. 24. *Inst. de act.*; 2.° que este derecho produce accion en la cosa contra cualquier poseedor, *l.* 25. *D. de obl. et act.* §. 1. *Inst. de act.*

334. Síguese tambien: 3.° que las especies de derecho en la cosa son cuatro: 1.° *dominio*, 2.° *herencia*, 3.° *servidumbre*, y 4.° *prenda.* 4.° Que la posesion, como que solo produce un derecho momentáneo, *l.* 15. D. *de adquir. posses. l.* 5. *D. de usurp. l. ult. C. qui leg. pers. standi in jud.*, y como aun cuando se pierda no se recupera por accion en la cosa, *l.* 7. D. *de vi et vi arm.*, no puede numerarse entre las especies de derecho en la cosa (*), Huber. *Præl. Inst. lib.* 4. *tit.* 15. §. 2.; mas por derecho canónico la posesion participa en cierto modo de la naturaleza del derecho en la cosa.

(*) El poseedor goza del derecho de retener la cosa, pero no proviene de ella el derecho de posesion, sino del título en virtud del cual posee, v. gr., *pro suo*, *pro soluto*, *pro emptore*, *pro hærede*, *pro donato*, *pro derelicto*, *pro legato*, *pro dote.* Puede reclamar la posesion perdida, no por accion real sino por pesonal, por medio del interdicto, *unde vi*, *l.* 7. *D. de vi.* Y los interdictos de retener la posesion no son acciones reales, pues el que posee no puede proceder contra la cosa, sino en un solo caso y diverso de este, §. 2. *Instit. de act.* Sin embargo, perdida la posesion, se concede al poseedor accion *ad exhibendum*, *l.* 3. §. 12. *D. ad exhib.*, la cual, aunque *in rem scripta*, es personal, y compete no solamente á aquellos que intentaron establecerla en virtud del derecho en la cosa, sino tambien á los comodatarios, depositarios y arrendatarios, *l.* 4. *D. lug. cit.* Zacar. Hub. *lug. cit.*

335 *Dominio* es el *derecho en la cosa corporal, del cual nace la facultad de disponer de ella y de vindicarla, á no ser que lo prohiban la ley, convencion ó la voluntad del testador*, *l.* 21. *C. mand. l. ult. C. de reb. alien. non alienand.*

---

333. *Contra cualquier poseedor*) Los mismos efectos tienen algunas acciones personales, las cuales se llaman *in rem scriptæ*; de ellas se trata en el §. 1146. * Tales son las acciones Pauliana, *quod metus causa*, *noxales*, *ad exhibendum y aquæ pluviæ arcendæ.* *

334. *De derecho en la cosa*) Por lo què, observa muy bien Bornio en su *Dissert. de jur. in re*, que es un absurdo preguntar si la posesion es derecho en la cosa ó á la cosa, pues esta division pertenece propiamente á los juicios posesorios. Ademas es muy facil demostrar que repugna á la analogia del derecho la proposicion que numera la posesion en los derechos á la cosa, atendiendo á que no tiene la posesion los atributos que se espresan en el §. 333. *

Por derecho canónico) Como se verifica con la accion de despojo, que se da, no solo contra el que despojó ó arrojó de la posesion, sino tambien contra cualquier poseedor. *D. de restit. spoliat.* Véase el §. 1305.

335. *De disponer*) La facultad de disponer comprende tres derechos: 1.° el de enagenar: 2.° el de percibir todos los frutos: 3.° el de escluir á los demas en el uso de la cosa. Este último derecho establece una diferencia especifica entre el dominio y la comunidad de bienes. *

336. El dominio fue antiguamente ó *quiritario* ó *bonitario*: aquel se adquiria solamente por los ciudadanos romanos, y segun los modos civiles, cuales eran la herencia, la mancipacion, la cesion por derecho, la usucapion, la compra *sub corona* (*) (venta pública), la adjudicion y la ley Varr. *de re rust. lib.* 2. *cap.* 10. Ulpian. *Fragm. tit.* 19. §. 2. *Nuestr. Antigüed. rom. e. t.* §. 19. *y sig.* El *bonitario podia adquirirse por otros, y de cualquier modo natural.* Asi Teófilo en el §. *ult. Instit. de libertin.*, llama al primero *legítimo* y al segundo *natural.* Justiniano abolió esta distincion, *l. un. C. de nud. jur. quirit. toll. l. un. C. de usucap. transform.* (**).

(*) Se llamó venta *sub corona* la que se hacia públicamente. Tomó este nombre del uso de venderse en Roma públicamente los enemigos hechos prisioneros, adornados con una corona de flores. Llamóse tambien venta *sub hasta*, porque se ponia una lanza en el parage donde se pregonaban. *(Nota del Trad.)*

(**) Los doctores dan hoy otro sentido al dominio *civil* y *natural*, y conceden aquel al *marido* en las cosas dotales, y este á la *muger.* Aunque el marido sea señor, *l.* 23. *C. de jur. dot.*, y vindique la cosa en virtud de este dominio, *l.* 9. *C. de rei vind.*, con todo, no puede enagenar el fundo dotal (465.), y el dominio de la muger está durante el matrimonio como en suspenso, y disuelto que sea, revive. Pero como esta division no pertenece al dominio tomado en general, sino al de la dote, no nos detendremos mas en ella.

337. Los doctores dividen hoy el dominio en *pleno y menos pleno.* En aquel estan reunidas las facultades de disponer de la cosa, de percibir todas sus utilidades, y de vindicarla, si se hubiese perdido; mas en este, estan divididas entre el dueño, que tiene la facultad de disponer, al cual se llama *dueño directo*, y entre el que solo tiene el derecho de vindicar y de percibir toda la utilidad de la cosa, que se llama *dueño útil.* Las especies de este dominio menos pleno son el *feudo*, el *enfitéusis*, y el *derecho de superficie*, en los cuales el dominio *directo* pertenece al dueño del feudo, del enfitéusis ó de la superficie, y el dominio *util*, al vasallo, al enfitéuta y al superficiario.

338. Los feudos fueron desconocidos á los romanos. Del *enfitéusis y superficie* se tratará en otro lugar. La division del dominio en *directo y util*, inventada por los autores, ni se encuentra en las leyes, ni es la mas exacta. Pero como no carezca de fundamento, nos parece mas propio llamar al dominio util *derecho próximo* al *dominio* ó *cuasi dominio.*

---

336. (*) *Como en suspenso*) Se esceptua el caso en que el marido se redujese á pobreza; pues entonces puede la muger repetir la dote aun durante el matrimonio, pero sin embargo, no deberá negar el usufructo al marido, si llegase á mejor estado. *

337. *Y al superficiario*) Se diferencian estos derechos en que el vasallo está obligado á prestar fidelidad, el enfitéuta á pagar cierto canon ó pension, y finalmente, el superficiario á prestar un tributo por el solar, lo cual se paga, no como precio ó merced, sino en reconocimiento del dominio; de suerte que esta pension no suele ser proporcionada á los frutos. *

338. *Los feudos*) Feudo es un derecho próximo al dominio, constituido en

339. Pasemos á tratar de la causa que constituye el dominio. Es esta ó *remota* ó *próxima:* aquella se llama *título hábil para transferir dominio*, como la compra venta, el legado, la donacion, la paga, la dote, el título *pro suo* y *pro derelicto*, la permuta, la transacion, la adjudicacion (*), cuyos títulos dan *inmediatamente* derecho á la cosa, mas no dominio (**), *l.* 20. *C. de pact.* La *próxima* se llama *modo de adquirir*, é *inmediatamente* confiere dominio.

(*) Casi todos estos títulos se encuentran en las Pandectas, *lib.* 41. *tit.* 4. *y siguientes*, y en la *l.* 17. *D. de usurpat. et usucap.*, en donde se halla el título *pro adjudicato* (adjudicacion), que tambien es modo de adquirir, como se manifiesta en el siguiente escolio, núm. 3. Los doctores han añadido los títulos de permuta y transacion. Omitimos el título del heredero y el de poseedor, descrito en el *lib.* 41. *D. tit.* 6., porque el heredero sucede en el derecho del difunto, y por lo mismo la cosa hereditaria no empieza á ser poseida con el nuevo título de herencia, sino con el mismo que poseia el difunto, *l.* 11. *D. de divers. temp. præscr. l. ult. C. pr. hær. l.* 4. *C. de præscr. long. tem.* En las Pandectas esplicamos el sentido en que puede tenerse por título.

(**) El solo título no da ningun derecho, á no ser que se siga la tradicion ó cuasi tradicion, pero se esceptuan: 1.° *el derecho de hipoteca*, que se constituye por solo pacto, *l.* 1. *pr. D. de pign. act.;* 2.° las *servidumbres negativas*, las cuales no admiten ni aun cuasi tradicion; 3.° las *cosas adjudicadas por juicio doble*, á saber, *communi dividundo*, *familiæ erciscundæ*, y *finium regundorum*, §. *fin. Inst. de offic. jud.* Ulp. *tit.* 19. §. 16. Finalmente, las *cosas adquiridas por última voluntad*, pues inmediatamente se adquieren por pleno derecho, y se vindican aun sin haber sido entregadas, *l. ult. D. de serv. leg. l.* 19. §. 1. *quemadm. serv. amitt.*

340. Los *modos de adquirir* son de dos especies. Pues obtenemos el dominio de las cosas por *derecho natural ó de gentes*, ó por *derecho civil*, §. 11 *Inst. este tit.*

341. Grocio en el *lib.* 2. *cap.* 3. §. 1. divide los modos de adquirir por *derecho natural* en *originarios* y *derivativos. Originarios* son

---

una cosa inmueble, bajo la promesa de fidelidad al que lo concede. La definicion del enfitéusis la trae el autor en el §. 931. y sig. El derecho de superficie, es el derecho de edificar, plantar ó sembrar en suelo ageno, en virtud de cierto canon ó pension que se paga al dueño.

339. *Título hábil)* Además se requiere una causa perpétua é irrevocable, por lo que no puede transferirse el dominio por donacion por causa de muerte (*mortis causa*), si despues de hecha vive el donante. L. 13. *pr. D. de mort. causs. donat.* ✠

La adjudicacion) Debe distinguirse, si la cosa se adjudicó por el juicio *familiæ erciscundæ communi dividundo ó finium regundorum*, ó por otra accion. En el primer caso se transfiere el dominio al momento; en el segundo, la adjudicacion solamente da título para adquirir, mas no dominio. ✠

Tenerse por título) Se tiene título de heredero ó de posesor cuando el heredero ó el poseedor de los bienes posee con buena fe como suya ó como del difunto alguna cosa agena que encontró en la herencia, que se le dejó, v. gr., si muerto el testador, se introdujo en el ganado hereditario una oveja de Ticio, y el heredero ignorándolo, la posee con buena fe, creyendo que pertenecia al rebaño hereditario. ✠

340. *Por derecho civil)* Por lo que los modos de adquirir por derecho natural y de gentes son universales y unos mismos en todas las naciones; pero los que se derivan del derecho civil, son tan varios como este, segun vemos en la usucapion. ✠

aquellos por los cuales se adquiere la propiedad de una cosa que no está en poder de nadie *(ad initio)*: los *derivativos* son aquellos por los que se transfiere de una persona á otra el dominio ya constituido. Puffendorfio en el *lib.* 4. *cap.* 6. §. 1. subdivide aquellos en *originarios simpliciter,* por los cuales adquirimos la cosa misma, ó en originarios *secundum quid*, por los cuales reciben nuestras cosas algun incremento. La *ocupacion* es un modo de adquirir *simpliciter originario*; la *accesion* lo es *secundum quid*; la *tradicion* es un modo *derivativo.*

342. La ocupacion *es la aprehension de cosas corporales de ninguno, con intencion de apropiársela. Por cosas de ninguno se reputan aqui las que no estan por naturaleza en el dominio, ó dejan de estarlo, por haber sido abandonadas por su dueño* (pro derelicto) *con la intencion de que nunca volvieran al número de sus bienes*, §. 46. *Inst. e. t. l.* 1. *l* 2. §. 1. *l.* 5. §. 1. *D. pro derel.*

343. De lo que se sigue: 1.° que las cosas *de nadie* son del que las ocupa, *l.* 3. *pr.* D. *de adquir. rer. domin.*; 2.° que la ocupacion se hace concurriendo ánimo de adquirir y aprehension ó acto corporal, *l.* 3. §. 1. D. *de adquir. vel amitt. poss.*; 3.° que las cosas cuya posesion no se puede conservar tampoco pueden ocuparse, §. 12. *Inst. e. t. l.* 3. §. 2. D. *de adquir. rer. dom.*

344. Las especies de ocupacion son tres: la *caza*, la cual se estiende á la *cetreria* ó *caza de aves* y á la *pesca*, la *ocupacion bélica*, y la *invencion.*

345. La caza es *la ocupacion de las bestias fieras* (*), *ya terrestres, ya volátiles, ya acuátiles, que no estan en el poder de nadie* (442.), *l.* 1. §. 1. D. *de adquir. rer. dom.* §. 12. *Inst. e. t.* Por lo cual, no cazamos las bestias mansas, *l.* 5. §. 6. D. *lug. cit.*, ni las domesticadas ó amansadas, á no ser que hayan perdido la costumbre de volver, *l.* 4. *l.* 5. §. 5. *D. de adquir. rer. dom.* §. 15. *Inst. e. t.*

(*) Se llaman bestias fieras las que vagan libremente y no se cogen sino por

---

341. *La tradicion*) De aqui es, que no puede haber muchos modos de adquirir por derecho natural; pues ó se adquiere una cosa de ninguno, ó bien otra constituida en dominio. Si lo primero, ó se adquiere la misma cosa, y entonces se llama ocupacion; ó sus incrementos, y entonces será acusion; y si se transfiere el dominio de una cosa de una persona á otra, será tradicion. ✿

342. *Abandonadas*) Entiéndase con plena voluntad de desecharlas. Pues aunque alguno pierda la esperanza de recobrar ciertas cosas, siempre que no tenga ánimo de abandonarlas, no se tendrán por abandonadas; como sucede con las cosas de los náufragos. ✿

343. *Animo de adquirir y acto corporal*) El acto corporal ha de ser cual conviene á la naturaleza de la cosa, por lo que la ocupacion de cosas muebles se hace con la mano, con flechas, dardos &c., y la de las inmuebles, con los pies, introduciéndose en ellas. Asi, en la cuestion entre los Andrios y los Calcidenses sobre la ocupacion de la ciudad de Acanto, debe decidirse á favor de estos, [illegible]sto que los primeros alegaban por ocupacion el haber arrojado á las puerta[illegible]quella ciudad un dardo, antes que los segundos se introdujesen en ellas; y estos, el haber ocupado personalmente sus puertas. Plutarc. *Quæst. Græc. cap.* 30. V. *Elem. jur. nat. et gent. lib.* 1. §. 242. ✿

fuerza. A este número pertenecen las abejas, las palomas, los pavos, §. 14. 15. *Inst. e. t.*, aunque parece que mas bien pueden considerarse como domesticadas. Domesticados se dicen los animales que hemos amansado en nuestra casa, como los ciervos, las palomas, pavos, abejas. Se llaman mansos los animales domésticos, como los gansos, las gallinas, §. 16. *Instit. e. t.*

346. Los antiguos consideraron que las bestias salvages no eran de nadie, segun el derecho de gentes (445.), §. 12. *Inst. e. t. l.* 3. *pr.* §. 1. D. *de adquir. rer. dom.*, de lo que se sigue: 1.° que son nuestras al momento que las cogemos (343.), *l.* 1. §. 1. D. *lug. cit.*; 2.° que por lo mismo pueden cogerse no solamente en nuestros fundos, sino tambien en los agenos, con tal que el dueño no prohiba la entrada, *l.* 3. §. 1. D. *de adquir. rer. dom.* 3.° Que no pueden cogerse en los viveros, colmenares y estanques, porque ya tienen dueño (313.), *l.* 3. §. 14. D. *de adquir. vel amitt. possess.* 4.° Que por la misma razon comete hurto el que coge los animales mansos ó domesticados, *l.* 5. §. 6. *l.* 44. D. *de adquir. rer. dom.* §. 16. *Inst. e. t.* 5.° Que no basta herir el animal salvage, sino que es necesario cogerlo con la mano, con lazos ú otros instrumentos, *l.* 5. §. 1. *l.* 55. *D. de adquir. rer. dom.* §. 13. *Inst. e. t.*

347. Debe advertirse que los animales salvages luego que se escapan de nuestra custodia ya dejan de pertenecernos, y que recuperando su antigua libertad son del que los ocupare, §. 12. *Inst. e. t.*, lo que no sucede respecto de las otras cosas, pues aunque se pierdan, son nuestras y podemos vindicarlas de cualquiera que las posea. (333.) Grocio, *l.* 2. *cap.* 8. §. 3. De aqui se sigue, que un enjambre de abejas se entiende que es nuestro mientras lo tenemos á la vista y no es dificil su persecucion (*), §. 14. *Inst. e. t.*

(*) Esta doctrina se funda en el derecho de *postliminio*. En efecto, si consideramos que este derecho no aprovecha á los que tienen intencion de volver al enemigo se entenderá el motivo de la distincion que se establece aqui entre los ani-

---

346. *Segun derecho de gentes*) Llamábase derecho de gentes entre los romanos todo lo que era permitido á los peregrinos y ciudadanos segun el derecho natural permisivo; y á él referian la aprehension de las bestias fieras.

No prohiba la entrada) Sin embargo, siempre es el dominio de la fiera del que la coge, aun cuando queda obligado por accion de injuria al que le prohibió la entrada. *L.* 13. §. *fin. D. de injur.* Pues el dueño del fundo, si bien es dueño de las fieras que tiene en sus viveros y estanques, no lo es de las que se encuentran en su fundo casualmente, á no ser que las apresase. V. Grocio. *lib.* 3. *cap.* 6. §. 26.

Cogerlo) Sin embargo, se observa la costumbre de reputarse una fiera herida del que la hirió, mientras la persigue no perdiéndola de vista, como antiguamente juzgó Trebacio á quien anota Grocio, *de jur. bell. et pac. l.* 9. *c.* 8. §. 3., y á quien defiende Balduino al §. 13. *Inst. e. t.*

Otros instrumentos) Con tal que esten dichos instrumentos en nuestra potestad, y no puedan escaparse de alli las fieras.

347. *Recuperando*) Pero el siervo que se fuga no recupera su libertad, sino que ántes por el contrario comete hurto de su persona. La razon es clara, porque el fugitivo sabe que su persona pertenece á otro, y se sustrae fraudulentamente al dominio ageno; mas esto no puede decirse de una fiera. *

(*) *De postliminio*) El origen de este nombre viene de que los aprisionados en la guerra, cuando recobraban la libertad y volvian á sus casas, saltaban ligeramente

males salvages, segun que han conservado ó no ánimo de volver. Por ejemplo, las abejas que se esparcen por los campos para volver al mismo colmenar, no pueden asimilarse al enjambre que emigra antes de establecerse alli. Se dice que no tiene intencion de volver un animal cuando recobra su libertad natural, esto es, segun Cayo (§. 12. *y* 14. *e. t.*), cuando se le pierde de vista ó cuando se halla en posicion en que seria dificil apresarlo. No hay lugar á esta cuestion con respecto á los animales domésticos, porque para tenerlos el hombre en su poder no les hace perder su condicion natural, y por consiguiente, no existe respecto á ellos aplicacion del derecho de *postliminio*. Si desaparecen es porque se pierden, y asi, continuan perteneciendo al propietario. *(Nota del Trad.)*

348. Por la *ocupacion bélica* se adquieren *las personas y las cosas de los enemigos*, pues no son de nadie segun los principios del derecho romano (*), *l.* 1. §. 1. D. *de adquir. vel amitt. possess.* De aqui se infiere: 1.º que las presas que hacemos á nuestros enemigos (en guerra no civil, *l.* 21. §. 1. D. *de cap. postlim.*) pasan á nuestro dominio por derecho de gentes, *l.* 5. §. *ult.* D. *de adquir. rer. dom.* §. 17. *Inst. e. t.*; 2º que se concede á nuestros enemigos el derecho de recuperar las presas que les hemos hecho; 3º que estas no se consideran como nuestras hasta que no las llevamos á nuestras guarniciones, *l.* 5. §. 1. D. *de cap. et postlim.*; 4.º que las cosas que los soldados mercenarios cogen en la guerra, no son para ellos sino para la república, pues que dependen de esta, y por lo mismo, si no las entregan, son reos de peculado, *l. penult.* D. *ad leg. Jul. peculat.*; 5.º que las cosas inmuebles no pertenecen á los militares sino á la república, y por esto las tierras del enemigo se adjudican al público, *l.* 20. §. 1. D. *de cap. et postlim.*; 6º que de las cosas muebles se conceden á los militares aquellas que cogen con permiso del emperador, *l.* 36. §. 1. *C. de donat.*

(*) Pufendorfio trata esta materia con sumo acierto. *Por la guerra*, dice, se quebranta el efecto del dominio, asi como los demas derechos de la paz; de suerte que nadie está obligado á dejar de apoderarse de las cosas que estan en el dominio, sino en cuanto la humanidad lo reclama. En la guerra se consideran las cosas de los enemigos, como cosas que no estan en dominio; no porque aquellos pierdan por la guerra el dominio de sus cosas, sino porque este no obsta á los contrarios para que puedan apoderarse de ellas. Y asi basta la sola aprehension, del mismo modo que para adquirir el dominio de las cosas que no son de nadie. *De jur. nat. et gent. lib.* 4. *cap.* 6. §. 14. (Véase lo que dijimos en nuestros *Elem. de derecho nat. y de gent. lib.* 1. §. 247.)

349. Teniendo nuestro enemigo el derecho de recuperar las presas que le hemos hecho, se sigue: 7.º que si estas se recuperan vuelven á

---

al patio del edificio, salvando el umbrar de la puerta, pues se tenia por mal agüero que lo tocasen con el pie *(per impluvium post limina sese in ædes inmitebant.)* Véase á Plutarco, *Quæst. Rom. cap.* 5., y á Menagio, *Amenit. jur. civil. cap.* 39. No es menos probable la etimologia que trae Justiniano, diciendo que postliminio se deriva de *post et limina*. V. el §. 5. *Inst. quib. mod. jus patr. potest. solv.* *

348. *En la guerra*) Y no solamente con respecto á las personas, sino tambien á todas las cosas, pero no en las armas, pues se juzgaban torpemente perdidas por los militares. *

su antiguo dueño, y si los prisioneros se escapan adquieren la libertad por derecho de postliminio, *l.* 7. *l.* 19. D. *de cap. et postlim.* Este derecho tiene lugar en la guerra, pero no en la paz, á no ser que en el tratado de paz se establezca que se vuelvan los prisioneros, y asi se verifique (*), *l.* 20. *pr. l.* 28. D. *lug. cit.*, ó tambien si se redimen ó cangean, *l.* 12. §. 11. D. *lug. cit.*

(*) No obsta la *ley* 12. *pr. D. de cap. et postlim.*, pues no habla de aquellos que hecha la paz se escapan y cometen hurto de su persona, sino de aquellos que declarada repentinamente una guerra, son cogidos por los enemigos. Asi piensa Bynkershoeck. *Obs. lib.* 1. *cap.* 20.

350. Se adquieren por *invencion ó hallazgo las cosas que alguno coge, y que ó por su naturaleza no pertenecen á nadie, ó que se tienen por abandonadas* (pro derelicta) (442. *y* 443.), *l.* 1. §. 1. *l.* 3. §. 3. D. *de adquir. vel amit. possess.* Como las cosas que no son de nadie pertenecen al primer ocupante, se infiere que las piedras preciosas y otras cosas que se encuentran en las riberas, y que aun no han sido ocupadas por otro, son por derecho de gentes del que las encuentra, §. 18. *Inst. e. t. l.* 3. *pr.* D. *lug. cit. l.* 1. §. 1. D. *de adquir. vel amitt. possess.*

351. Siendo las cosas abandonadas del primero que las ocupa, se sigue: 1.º que un *tesoro* (*) del cual no existe memoria alguna, *l.* 31. §. 1. D. *de adquir. rer. dom. l. un. C. de thesaur.*, será nuestro si le adquirimos sin valernos de artes mágicas, en un lugar nuestro, §. 39. *Inst. e. t. l.* 63. *pr.* D. *de adquir. rer. dom. l. unic. de thesaur.* Pues 2.º, si lo encontrasemos casualmente en un lugar ageno, público ó privado, la mitad se da al que lo encuentra, y la otra mitad cede por derecho de accesion al dueño del terreno ó á la república. 3.º Si se busca de intento en fundo ageno, y se encuentra, todo pertenece al dueño, y el que le encontró es castigado como violador de propiedad agena; 4.º si se buscare y encontrare por medio de artes malignas pertenece al fisco, §. 39. *Inst. e. t. l.* 63. *D. de adquir. rer. dom. l. un. C. de thesaur. l.* 3. §. *penul. D. de jur. fisc.*

(*) Algunas veces se numera esta adquisicion entre las accesiones, como en el §. 39. *Instit. e. t.*, y otras entre las invenciones, como en la *ley* 31. §. 1. *D. de adquir. rer. dom.* Pero esto no prueba discordancia entre los jurisconsultos. El dueño del fundo adquiere su parte por derecho de accesion si otra persona encon-

---

350. *Que se encuentran*) Y tambien las que no estan constituidas en el dominio de otro, á cuya clase pertenecian segun derecho romano las minas de metales, L. 7. §. 3. *D. solut. matrim. dos quemadm. pet.*; pero en el dia pertenece al fisco una parte, admitido el principio de derecho público: todo lo que no tiene dueño pertenece al estado. *

351. *Si le adquirimos*) Y de quién será, si lo encontrasen en mi fundo mis operarios estando trabajando? Tendrán la mitad, ya por la ley 66. *D. de rer. divis.*, ya porque ellos trabajaban en mi fundo no para encontrar tesoros, sino para cultivarlo. Véase Bynkershoeck. *Observat. lib.* 2. *cap.* 4. *

trare fortuitamente el tesoro, y por derecho de ocupacion y de accesion, si él mismo lo encuentra. El que recibe parte de lo que ha encontrado en fundo ageno, la recibe por solo derecho de ocupacion. Puede pues referirse esta adquisicion á una y á otra bajo distintos respectos.

352. Reputándose que ninguno abandona sus cosas á no que tenga intencion de que nunca vuelvan á su dominio (442.), se sigue: 1.º que las cosas perdidas, v. gr., las que se caen de una carroza que va corriendo, no ceden al ocupante, §. 47. *Inst. e. t.;* 2.º que no pueden vindicarse por otro las ovejas y demas ganados arrebatados por los lobos, *l.* 8. §. *ult. D. de fam. ercisc.;* 3.º que los bienes de los náufragos ó las cosas que se han echado al agua para alijar una nave no pueden ocuparse por otro, *l.* 21. §. 1. *D. de adquir. possess. l.* 8. *D. ad leg. Rhod. de jact. l.* 9. §. *ult. de adquir. rer. dom. l.* 43. §. 4. *sig. D. y Auth. Navigia. C. de Furt.*

354. El otro modo originario es la *accesion*, esto es, *el derecho de adquirir lo que se aumenta ó une á nuestras cosas:* (341.) Divídese por los doctores en *natural*, *industrial* y *mista*, pues todo lo que se agrega á nuestros bienes por benecio de la naturaleza, por el arte ó por la industria nos pertenece en propiedad (*). V. *Elem. jur. nat. et gent. lib.* 1. §. 250. *y sig.*

(*) El autor sienta la doctrina de que en el caso que un objeto cualquiera se acrece, se estiende ó se modifica por la union de otro objeto, debe distinguirse cual es la cosa principal y cual la accesoria, y decidir que la segunda es del dueño de la principal, en virtud de la máxima *accesorium sequitur suum principale.* De suerte que segun Heinecio y otros intérpretes la accesion ó la union de dos cosas seria un modo de adquisicion, y uno de los mas importantes sin duda, pues que la accesion se divide en natural, civil y mista. Un modo de adquirir tan fértil en consecuencias merecia apoyarse en testos positivos. Los jurisconsultos romanos dicen espresamente que las cosas se adquieren por tradicion; que las que no son de ninguno pertenecen al primer ocupante, pero en ninguno de ellos se lee que la accesion fuese un modo de adquirir, ni que una cosa dejase de ser de su dueño, y solamente por hacerse accesoria de otra. La accesion no trasmite á una persona la propiedad de otra: el propietario puede revindicar su cosa mientras exista y donde quiera que exista. Propiedad y reivindicacion son dos ideas correlativas, y tal es su relacion, que comunmente para decidir si tal individuo es propietario, se dice que puede reyindicar, y viceversa. Asi pues, dígase que el derecho de propiedad que tiene una persona se estiende segun la naturaleza de los diferentes objetos en que consiste y que no siendo posible conservarse el derecho de reivindicacion en algunas circunstancias, se pierde con él la propiedad. V. á Du Caúrroy, *Institutes de Justinien expliquées, lib.* 2. *tit.* 1. §. 16., donde demuestra estos principios latamente. (*Nota del trad.*)

355. La accesion natural tiene varias especies; tales son, el feto, acerca del cual es axioma que *todo lo que nace de la hembra que está en nuestro dominio es nuestro* (*), *l.* 4. *l.* 6. D. *de adquir. rer.*

---

354. *Mixta*) Muchos dividen la accesion en solo dos miembros, omitiendo la mista. Hub. *Prælect. e. t.* §. 32. Pero diferenciándose la mista de la industrial en sus causas y efectos, no hay duda que constituye otra especie singular de accesion. *

355. *Es nuestro*). El feto dado ya á luz, como que es una cosa separada de la madre, no se tiene por accesion de esta, segun la *ley* 3. *D. de pecul. leg.* Pero debe obser-

dom. l. 5. §. 2. *D. de rei vind.;* la *isla* formada en un rio, *l.* 30. §. 2. D. *lugar citado;* el *aluvion*, esto es, *el aumento que se agrega lenta é insensiblemente por beneficio del rio*, §. 20. *Inst. e. t.;* la *fuerza del rio*, esto es, *el aumento agregado de una vez*, §. 21. *Inst. lugar citado*; finalmente, la *mutacion de alveo*, §. 13. *Inst. lugar citado* (**).

(*) Mas no por la regla, lo accesorio sigue á lo principal, sino porque la propiedad de un objeto cualquiera abraza todos sus productos. *(Du Caurroy.)*

(**) Los estóicos y los antiguos jurisconsultos adoptaron en general el principio de que el feto no es animal, sino parte del vientre. Y asi como los estóicos lo juzgaban en embrion. Plutar. *de placet. phil. lib.* 5. *cap.* 15. *y* 26. Senec. *Epist. ult.*, asi los jurisconsultos no lo consideraban como hombre, *l.* 9. *D. ad leg. Falcid.*, sino como porcion de la muger ó de sus entrañas, *l.* 1. §. 1. *D. de ventr. inspic.*, no lo creian animal, sino esperanza de serlo, *l.* 2. *D. de mort. infer.* Merill. *Obs. lib.* 1. *cap.* 16.

356. De aqui se sigue: 1.° que todo lo que nace de los animales pertenece al dueño de ellos, §. 19. *Inst. e. t.;* 2.° que los hijos nacidos de nuestras esclavas son nuestros (81.), §. *ult. Inst. de jur. pers. l.* 7. *C. de rei vind.;* 3.° que los hijos nacidos fuera de matrimonio siguen la condicion de la madre (91. *), *l.* 19. D. *de stat. hom.*

357. De lo mismo inferian los romanos: 4.° que una isla formada en medio de un rio era comun á los dueños de los prédios de una y otra parte de la ribera, en proporcion á la estension del prédio de cada uno; 5.° que si estaba mas cerca á una de las dos riberas pertenecia á los dueños de los prédios que estaban en aquella parte de la ribera (*), §. 22. *Inst. e. t. l.* 7. §. 3. *l.* 29. *l.* 30. §. 1. *D. de adquir. rer. dom.;* 6.° que este derecho no es aplicable á las nuevas islas formadas en el mar, pues como cosas de nadie son del primer ocupante, *l.* 7. §. 3. *D. lug. cit;* 7.° ni tampoco á los campos reducidos á isla por los brazos de un rio que se separan en un punto y se reunen en otro inferior, pues pertenecen al antiguo dueño, *l.* 7. §. 4. *l.* 30. §. 2. *D. lug. cit.* §. 2. *Inst. e. t.*

---

varse que no se atiende para la adquisicion del feto al tiempo en que fue dado á luz, sino al en que fue concebido estando aun en el vientre, en cuyo estado es parte de la madre, y por eso se le llama parte de las entrañas maternales en la *ley* 1. §. *D.* 1. *inspic. ventr.* Hub. *Prælect. Inst. e. t.* §. 24. Entonces no hay duda que pertenece al dueño de la madre como parte de esta, y cuando sale á luz continúa perteneciéndole como objeto y como propiedad distinta de la madre.

356. *De nuestras esclavas*) Es regla general, que para atender á quien pertenece lo que nace de un matrimonio injusto, ó fuera de matrimonio, se ha de atender á la madre, porque el derecho romano no conoce mas padre que el que demuestra un matrimonio justo. L. 19. *de stat. hom.* *

357. *En aquella parte de la ribera*) Si se arraigase en el rio, pues si se formase de matas, ramas ú otra materia que no toque á su fondo, será pública como el rio mismo. *Knorio.*

* *Arcifinios.* No es arcifinio ningun campo entre el cual y el rio hay otros campos ó caminos públicos. Todo lo que acrece á estos por aluvion pertenece al estado ó á la universidad ó corporacion. *

(*) Porque formándose paulatinamente se presume que se formaron de las tierras de los campos limítrofes.

358. Tambien infieren los jurisconsultos: 8.º que todo lo que se agrega por *aluvion* á nuestro campo inmediato al rio (*), es nuestro (**), §. 20. *Inst. e. t. l.* 7. §. 1. D. *e. t.* Mas lo que se agrega por *la fuerza del rio* queda siendo del antiguo señor, á no ser que este, mientras la parte agregada se arraiga y fortifica, y los árboles echan raices en nuestro fundo, rehuse vindicar aquella parte de su prédio, §. 21. *Inst. e. t. l.* 7. §. 2. D. *de adquir. rer. dom.*

(*) Porque el acrecimiento que produce el aluvion se forma de moléculas llevadas grano á grano, sin que haya señal que pruebe su origen; por cuyo motivo es imposible que nadie lo reconozca, ni pueda reivindicarlo. *(Du Caurroy.)*

(**) Esto se debe entender de los campos *arcifinios*, esto es, de aquellos que no tienen otros límites que los naturales, como los montes ó rios, y como dice Frontino, que no estan contenidos dentro de alguna medida. Diferéncianse de estos los *campos limitados*, los cuales formaban parte de los terrenos públicos, y se repartian bajo de cierta medida; y tambien los *campos asignados*, cuyos límites no estaban demarcados por la naturaleza, sino por un campo vecino. Lo que acrece á los campos *arcifinios* cede al dueño del campo, y lo que á los *limitados ó asignados* cede al público, *l.* 16. *D. de adquir. rer. dom. l.* 1. §. 6. *D. de flum.* V. Connan. *Comm. lib.* 2. *cap.* 5. Ghipan. *l.* 16. *D. de adquir. rer. domin.*, y principalmente Gronovio, *Not. á Grot. de jur. bell. et pac. lib.* 2. *cap.* 3. §. 16. *n.* 1.

359. Finalmente, infieren los jurisconsultos: 10, que *el alveo* ó lecho que deja el rio se reparte entre aquellos que tienen prédios en uno y otro lado segun la estension de dichos prédios (*), *l.* 7. §. 5. D. *de adquir. rer. dom.*: 11.º que la inundacion no muda la especie del fundo, y que retirándose las aguas, este queda en poder de aquel á quien antes pertenecia, *l.* 7. §. 6. D. *lug. cit.* §. 24. *Inst. e. t. l.* 1. §. 9. D. *de flum.*

(*) El lecho del rio, si bien en cuanto al uso se considera público, es una dependencia de los campos vecinos; es una porcion de tierra cuya utilidad absorve el rio, sin que cese realmente de pertenecer á aquellos á quienes las aguas gravan con su presencia, pero cuya propiedad no destruye totalmente. *(Du Caurroy.)*

---

359. *Que deja el rio*) Si el rio volviera á ocupar el antiguo lecho que dejó, ¿qué deberá establecerse acerca del nuevamente abandonado? Será tambien de los dueños de los campos vecinos, si el campo ó campos que le servian de lecho perdieran su propia forma, dejando de ser lo que fueron, §. 32. *Inst. e. t.* Pero, segun observa Cayo en la *ley* 7. §. 5. *D. de adquir. rer. dom.*, apenas tiene esto lugar; pues como distingue Teófilo hay mucha diferencia entre la razon de estricto derecho y la de equidad.

No muda) Por la inundacion no hace mas que suspenderse el ejercicio del dominio, y asi no podrá el dueño de los campos inundados ni aun pescar en la inundacion. L. 3. §. 17. *D. de adquir. vel amitt. poss.* * Esto ha de entenderse si la inundacion durase poco tiempo, pues si durase mucho, parece como que espira el derecho de dominio por presumirse que se abandonó. L. 23. *D. quib. mod. ususf. amitt.*, lo cual segun Grocio, no es conforme al derecho natural; á no ser que la inundacion fuere *gravisima*, y no haya señal alguna que indique ánimo de retener el dominio, *lib.* 2. *cap.* 8. §. 10.

360. »Nuestras leyes disponen con respecto á la cosa que cazando »en fundo ageno contra la voluntad del dueño no se hace la caza del »que la coge, sino del dueño del fundo, *l.* 17. *tit.* 28. *part.* 3. *y art.* »12. del decreto de 5 de mayo de 1834 sobre caza y pesca, cuyas dis»posiciones pueden consultarse. Acerca de la ocupacion bélica, la ley »24. *tit.* 28. *part.* 3., atribuye las cosas muebles al ocupante y las in»muebles al estado. Por lo tocante á la ocupacion, debe hacerse natural»mente; si fuese de tierras desiertas, deberán poblarse, *l.* 2. 9. *tit.* 28. »*part.* 3. El inventor de un tesoro, lo hace todo suyo, si lo descubre »en terreno propio, y si en ageno, adquiere la mitad, bien sea el due»ño un particular ó el Estado, *l.* 45. *tit. y part. cit.*»

361. Las especies de accesion industrial son *la conjuncion*, la *especificacion* y la *comistion*, *Elem. jur. nat. et gent. lib.* 1. §. 250. 256. y *siguiente.*

362. La *conjuncion* se verifica *cuando una cosa agena se reune á* nuestra materia como por *inclusion*, *soldadura*, *intestura*, *edificacion*, *escritura*, *pintura*, en cuyos casos lo accesorio siempre sigue á su principal, *l.* 26. §. 1. D. *de adquir. rer. dom.* §. 26. *Inst. de rer. div.*

363. De este principio se sigue: 1.° que las piedras preciosas agenas engastadas en oro mio, son para mí, *l.* 19. § 13. *sig.* D. *de aur. arg. leg.*; 2.° que las cosas añadidas á alguna cosa mia por soldadura me pertenecen como partes integrantes, *l.* 27. *pr.* D. *de ad adquir. rer. dom.*; 3.° que el bordado hecho en vestido cede á este, §. 26. *Inst. e. t. l.* 7. §. 1. D. *ad exhib.*; 4.° que lo que se edifica en un terreno cede á el suelo, ya se edifique con materiales propios en lugar ageno, ya con materiales agenos en lugar propio, *l.* 7. §. 10. *y* 12. D. *de adquir. rer. dom.* § 29. *Inst. e. t.*; 5.° que lo que se escribe en un papel cede al papel, *l.* 9. §. 1. *D. lug. cit.* §. 33. *Inst. e. t.*; finalmente, 6.° que la pintura cede á la tabla en que se hace, segun la opinion de los jurisconsultos mas escrupulosos, *l.* 23. §. 3. *D. de rei. vind.*, aunque Cayo juzgó de otra manera atendiendo á la nobleza del arte, *l.* 9. §. 2. D. *de adquir. rer. dom.*, y asi lo determinó Justiniano, §. 34. *Inst. e. t.*

---

362. *Cosa agena*) Parece que adquiriéndose por la accesion una cosa agena, no debia referirse á los modos de adquirir originarios. Pero debe advertirse que por la accesion no se adquiere una cosa agena como tal, sino por unirse á nuestra materia. No sucede asi en la tradicion, en la que no se aquiere el dominio, sino que nos la entrega su propio dueño.

Soldadura) Entiéndase que la soldadura ha de hacerse con la misma materia de que se compone la cosa en que se hace, de suerte que forme un mismo cuerpo con ella (*afferruminatio*), lo cual no se verifica por medio de la soldadura con otro metal, *plumbatura.*

363. *El bordado*) En el primero y tercer caso revive el dominio, si se separan las cosas, pero no en el segundo. L. 23. §. 5. *D. de in vindicat.*

Cede al papel) Pues no existiendo sin él la escritura, decian los antiguos que era necesario que cediese al papel.

Por su nobleza) No hay duda que muchas veces es un escrito de mas valor que una pintura. Y por esto en la práctica suele hacerse la adjudicacion de las cosas

364. Siendo injusto que uno se enriquezca con detrimento de otro, el dominio no se estingue; y por lo mismo en los casos primero, segundo y tercero se concede al dueño de las piedras preciosas, de los metales y de la púrpura la accion *ad exhibendum* contra el poseedor de buena fe, *l.* 23. §. 5. D. *de rei vind.*, y tambien la condicion sin causa, §. 26. *Inst. e. t.*; y contra el poseedor de mala fe se concede ademas accion de hurto y condicion furtiva, §. 26. *Inst. e. t.*

365. Igualmente aquel que fabrica en terreno suyo con materiales agenos es dueño del edificio, §. 29. *Inst. e. t. l.* 7. §. 10. D. *de adquir. rer. dom.*, sin que el dueño de los materiales pueda vindicarlos, segun la ley de las doce tablas, mientras existe el edificio, para que la ciudad no se haga deforme con las ruinas, *l.* 7. §. 10. D. *lug. cit.* Pero se le da accion de *tigno juncto* para que el poseedor pague el duplo, *l.* 7. §. 10. D. *lug. cit.* Si el edificio se destruye y el poseedor de mala fe no paga el duplo, el dueño puede vindicar la materia y proceder con la accion *ad exhibendum*, §. 29. *Inst. e. t.*

366. Por el contrario, si alguno fabrica con materiales suyos en terreno ageno, el edificante que posee de buena fe repele con la escepcion de dolo malo al dueño del terreno que reclama el edificio sin haber pagado todavia su precio; pero si posee de mala fe, pierde el dominio de los materiales, §. 30. *Inst. e. t. l.* 7. §. 12. D. *de adquir. rer. dom.* Al que no posee no compete ninguna accion (*), *l.* 33. D. *de cond. indeb. l.* 14. D. *de dol. mal. et met. except. l.* 48. D. *de rei vind.*

(*) Porque milita la equidad á favor del edificante. V. Ulr. Hub. *Prælect. Inst.* §. 30.

á las personas para quienes son preciosas por el afecto que les profesan, obligándoles á pagar su precio á los demas, porque en las cosas fungibles otro tanto es lo mismo. V. Tomas. *Dissert. de pret. adfect. in res fungib. non cadente.* ✱

364. *Accion ad exhibendum*) Esto es, siempre que puedan separarse las cosas cómodamente; y como esto no se verifique en el segundo caso tiene lugar la accion *in factum*. Lo cual no tuvo presente el autor en la nota al §. 363. V. *(El bordado.)*

Id. Id) Asi, el que unió una piedra á un anillo, debe exhibirla, y podrá vindicarse esta por su dueño en cuanto se haga la separacion. Hub. *Prælect. Inst. e. t.* §. 38. ✱

365. *Permanece dueño*) No del edificio, que no puede vindicarse, sino de los cimientos considerados en sí y como cuerpo distinto. A Costa al §. 26. *Inst. e. t.*

Se deforme) Esta razon es meramente de derecho civil. Los jurisconsultos romanos al tratar del derecho de accesion, no siempre se fundaron en el derecho natural, como observa el autor en sus *Elem. de der. nat. y de gent. lug. cit.*

El duplo) Se exige el duplo, ya se edificase con buena ó mala fe, con la diferencia de que el poseedor de buena fe pagando el duplo se hace dueño de la materia, mas no el de mala fe, y solo puede vindicar los materiales arruinado el edificio. ✱

366 *Pierde el dominio*) Sin embargo, se deja al arbitrio del juez el establecer *ex equo et bono*, y en atencion á las causas y personas lo que debe abonar el dueño al edificante, como por ejemplo los gastos hechos en la cosa en cuanto hacen mas rico al dueño. L. 98. *D. de rei vindicat.*

Milita) Esta equidad se funda en que nadie debe hacerse mas rico con daño de otro, como sucederia si el edificante de buena fe perdiese el valor de los materiales. ✱

367. Finalmente, al que escribió en papel ageno y al dueño de la tabla en que otro pintó se da accion *in factum* contra el dueño del papel y contra el pintor siempre que tengan buena fe, *l.* 23. §. 5. D. *de rei. vind.;* pero si la tienen mala, se concede accion de hurto y condicion furtiva, ó accion útil contra la cosa, §. 34. *Inst. e. t. l.* 9. §. 2. D. *de adquir. rer. dom.*

368. La especificacion es *un modo de adquirir por el cual, haciendo uno en su nombre una nueva especie con materia agena, adquiere el dominio de dicha especie. Esta accesion se verifica dando una nueva forma á la materia.* Habiéndose disputado entre los antiguos si la forma debia preferirse á la materia, ó esta á aquella, los jurisconsultos se dividieron en diversas sectas con respecto al dominio de la nueva especie (*).

(*) Los sabinianos daban la preferencia á la materia; los proculeyanos á la forma, pues segun ellos esta es la que da esencia á la cosa. De aqui fue que aquellos adjudicaban la nueva especie al dueño de la materia, y estos al que hacia dicha especie; *l.* 7. §. 7. *D. de adquir. rer. dom.* §. 25. *Inst. e. t.* Los demas siguieron la opinion media, *l.* 7. §. 7. *l.* 12. §. 1. *l.* 24. *y* 26. *pr. D. de adquir. rer. dom.* Merill. *Obs. lib.* 1. *cap.* 21. (*a*).

(*a*) El sistema de la accesion tenia por único objeto saber si la forma era un accesorio de la materia ó esta un accesorio de la forma. Una nave ó un vestido formado con madera ó lana de otro pertenecia al fabricante. (Paulo, *fr.* 20. *de adquir. rer. dom.*) Lo decide asi fundándose en que la lana ó arbol ya no existen. Solamente existe *cupressum aut laneum corpus.* El mismo jurisconsulto habia dicho para el caso inverso, que donde quiera que se conserva la materia pertenece al mismo propietario: *materiæ manente me dominium manere. (fr. 24.)* Estas dos decisiones abrazan el caso de la especificacion, y nos esplican perfectamente cual era el punto debatido entre los sabinianos y proculeyanos. Estos veian en la especificacion una especie de creacion que formando un objeto nuevo, *quod ante nullius fuerat*, parecia destruir la materia cualquiera que fuese. Asi pues, aplicaban la máxima, *extintæ res vindicari non possunt*, y reusaban la reivindicacion al dueño de la materia que habia cambiado de forma. Los sabinianos sin negar el principio, rechazaban su aplicacion, pues segun ellos la materia conservaba su sustancia bajo todas las formas independientemente de estas, y asi podia ser reivindicada, sin destruir el principio *extinte res* &c. La media sentencia que adoptó Justiniano conviene con las ideas de ambas sectas. (*Nota del Traductor.*)

---

367. *Contra el dueño*) Si poseyese el papel: pues poseyéndolo el que lo escribió le compete la escepcion de dolo, á no ser que el dueño pague el precio de lo escrito; lo que debe entenderse en el caso de que el poseedor tenga buena fe, pues teniéndola mala, no se le dará tal escepcion; y si no poseyese, no tendrá accion alguna.

O accion útil) Tiene lugar si el pintor fuese poseedor de buena fe; en cuyo caso se da al dueño de la tabla accion útil contra el pintor, con tal que pague los gastos de la pintura. §. 34. *Inst.* (*a*)

(*a*) La escritura y la pintura no mudan la sustancia del lienzo, tabla ó papel que las recibe. Asi pues, siguiendo los principios espuestos, parece que el dueño de esta sustancia puede vindicar su papel, lienzo &c., obteniendo por consiguiente la escritura ó pintura que en ellos trazó un estraño. En esto convienen todos con respecto á la escritura, pero no acerca de la pintura, pues Justiniano desechando la opinion de Paulo, *fr.* 23. §. 3. *de rei vindicat.*, adopta la que habia seguido Cayo, *fr.* 2. *instit.* 78. V. *fr.* 9. §. 2. *de adquir. rer. dom.* De suerte

369. Pero Justiniano determinó que si la cosa se podia reducir á su primera forma, perteneciese al dueño de la materia, pero si no, al que habia hecho la nueva especie, §. 25. *Inst. e. t.*, debiendo este, si tiene mala fe, pagar su valor al dueño de la materia; pero si la tiene buena, solamente será responsable por aquello en que se haga mas rico, *l.* 28. §. 5. D. *de rei. vind.*

370. Por la *conmistion se mezclan ó las cosas sólidas de dos ó mas personas*, §. 28. *Inst. e. t.*, *ó las cosas líquidas.* La primera se llama propiamente *conmistion*, la segunda *confusion*, §. 27. *Inst. e. t.*

---

que el cuadro, aunque pintado en lienzo ageno, pertenecerá al pintor. En cuanto á las razones en que Justiniano funda esta escepcion debe observarse que no son de Cayo, pues este jurisconsulto parece desaprobar el sistema que espone. El manuscrito dice, *cujus diversitatis vix idonea ratio redditur.* El pintor podrá, pues, reivindicar el cuadro aunque lo posea el dueño del lienzo, debiendo pagarle el precio de este último objeto, para no ser rechazado con la escepcion de dolo. Pero si posee el cuadro el pintor, se le dará al propietario para indemnizarse del lienzo una *accion útil*, reservando á este último la escepcion de dolo, sino se le abona el precio de la pintura. Nótese que Cayo y Jstiniano parece que destruyen aqui el sistema que han adoptado, y lo que es mas notable, que parece presentan la accion concedida al dueño del lienzo como una consecuencia de este sistema. Vinio pregunta de donde dimana una consecuencia tan inesperada, y por qué no se le da al dueño del lienzo accion *in rem*? Caurroy disuelve esta duda diciendo que el motivo de conceder la accion útil es porque despues de haber concedido al pintor la propiedad del cuadro y la reivindicacion directa, no se puede dar esta al dueño del lienzo, sino una accion útil; y calificando asi la accion que concede Justiniano es consecuente consigo mismo. En efecto, se llaman acciones útiles por oposicion á las directas las que se conceden algunas veces por diferentes consideraciones de equidad y á pesar del derecho estricto, atribuyendo á ciertas personas cualidades que realmente no les pertenecen. Asi en la especie de que nos ocupamos, el cuadro nunca pertenece al dueño del lienzo, aun cuando lo posea, pues debe restituirlo al pintor que lo reivindica, en cuanto consiente en pagar el precio. En este caso no hay dificultad alguna, porque basta siempre al detentador la escepcion de dolo para obtener su indemnizacion. Pero la dificultad está aqui como en todos los casos precedentes, en asegurar la indemnizacion al que no es propietario ni poseedor. El dueño del lienzo está en una posicion tanto mas desfavorable, cuanto que su lienzo subsiste bajo la pintura que lo cubre sin desnaturalizarle, de cuya circunstancia se aprovecha el legislador para concederle una accion que no se concede á los que edifican, siembran ó escriben en propiedad agena. Se le permite reivindicar por accion útil solamente el lienzo, pagando la pintura, á menos que el pintor prefiera pagar el lienzo, porque la accion útil es solamente un medio indirecto de hacer indemnizar al que no posee; y si el artista puede, pagando el lienzo reivindicar el cuadro, con mucha mas razon puede conservarlo con las mismas condiciones. (Vinio *en este titulo.*) (*Nota del Traductor.*)

369. *La nueva especie*) Facil es de conocer la razon que tuvo Justiniano para adoptar esta disposicion. En el primer caso como la forma no es inherente á la materia, de suerte que no pueda separarse, determinó que debia prevalecer esta, y al contrario, la forma, en el caso en que de tal modo es inherente á la materia que no puede desaparecer sin destruir esta. *

Si tiene mala fe) Los intérpretes dudan que pueda hacerse la especificacion con mala fe. Pero asi lo afirma Donell. *Commentar. jur. civ. lib.* 4. *cap.* 12., y lo prueba por la *ley* 12. §. 3. *D. ad exhib.* *

Pagar su valor) Y tiene el dueño de la materia accion de hurto y condicion furtiva: como se ha dicho arriba en el §. 364.

*

En el primer caso, cada una de las cosas conserva entero su cuerpo y sustancia, mas no en el segundo (*).

(*) No se entienda que Heinecio quiere decir aqui absolutamente que los líquidos mezclados forman siempre un solo cuerpo inseparable, pues hay multitud de casos en que pueden separarse, como enseña la química, sino que las cosas áridas conservan su sustancia separada aun despues de la comistion, v. gr., el trigo mezclado con avena, mas las líquidas de tal modo alteran su sustancia confundiéndose unas con otras, que forman otra diversa, como dice el autor en las Recitaciones, §. 370. *e. t.* (*Nota del Traductor.*)

371. De aqui se sigue: 1.º que las cosas confundidas ó mezcladas sean comunes, si la confusion ó la mezcla se ha hecho con voluntad de los dueños, *l.* 7. §. 8. D. *de adquir. rer. dom.*; pero 2.º si solo interviene la voluntad de uno, las cosas confundidas son del que las confunde (*), *l.* 5. §. 1. D. *de rei vind.*, Con respecto á las mezcladas cada dueño puede vindicar su materia, §. 28. *Ins. e. t. l.* 5. *pr.* D. *de rei vind.* 3.º Finalmente, las cosas que casualmente se han confundido son tambien comunes, *l.* 7. §. 9. D. *de adquir. rer. dom.* §. 27. *Inst. e. t.*; mas las mezcladas fortuitamente se vindican por sus respectivos dueños, §. 27. *Inst. e. t.*

(*) Porque pasan á distinta especie. L. 5. §. 1. *D. de rei vind.* (*Nota del Traductor.*)

372. Accesion *mista* es cuando alguna cosa se agrega á la nuestra por beneficio de la naturaleza, ó por industria del hombre. Sus especies son la *plantacion*, la *siembra* y la *percepcion de frutos.*

373. Acerca de las dos primeras se establecen los axiomas siguientes: 1.º todo lo que se planta ó siembra en un terreno cede á él, *l.* 9. *pr.* D. *de adquir. rer. dom.* §. 32. *Inst. e. t.*; 2.º el dominio de un arbol se juzga por sus raices, §. 31. *Inst. e. t.*

374. Infiérese del primer axioma: 1.º que los granos agenos sem-

---

371. *Del que las confunde*) Asi es, si las cosas confundidas son de diverso género, como si se mezclase miel con vino, de suerte que no pueda cada cosa volver á adquirir su propia sustancia separadamente; pues si las materias confundidas son de un mismo género, v. gr., si se mezcla el vino propio con el ageno, como que el conjunto contiene la misma especie que cada una de las cosas unidas se hace comun de ambos dueños. L. 3. §. *fin. l.* 4. *D. de rei vindicat.*

Las mezcladas) Esta comistion ó mezcla no es propiamente accesion, pues uniéndose el trigo de un dueño con el de otro, ¿cómo podrá cada uno vindicar su materia? Asi es que siendo muy dificil la separacion, adjudicará el juez á *prorata* lo que corresponda á cada cual, *ex aequo et bono*, segun el valor y cantidad de sus granos respectivos. §. 28. *Inst. e. t. l.* 3. §. *ult. y l. sig. D. de rei vind.* En la nota siguiente se espresa la opinion del autor.

Vindicar) Se funda Justiniano en que cada partícula mezclada conserva su sustancia, lo mismo que si se unieran ovejas de Ticio con las de Cayo. Pero las ovejas se pueden separar facilmente, mas no las materias mezcladas, como la pimienta y el gingibre: mas justo seria que adquiriese las cosas mezcladas el que las mezcló, pagando el precio de la cosa agena á su dueño.

brados en mi campo, ó los mios sembrados en campo ageno, pertenecen al dueño de dicho campo, deducidos los gastos, *l.* 9. *pr. D. de adquir. rer. dom.* §. 32. *Inst. e. t.* Del segundo se infiere: 2.º que el arbol sembrado en algun lindero es de aquel en cuyo fundo echare las raices; y 3.º si las echare en uno y otro, será comun y *pro indiviso* mientras permanece en pie, y si se arrancare, será comun y divisible, *l.* 7. §. *ult. l.* 8. *pr.* §. 1. D. *lug. cit.* §. 31. *Inst. e. t. l.* 19. D. *comm. div.* De ambos axiomas se infiere: 4.º que una planta nuestra puesta en terreno ageno, ó agena en terreno nuestro, cede al suelo si echare raices; pero 5.º que antes de arraigarse puede vindicarse por el dueño, *l.* 7. §. *ult. D. lug. cit.* 31. *Inst. e. t.*

375. En el dia no se sigue en muchos paises la sutil doctrina de los romanos con respecto á los árboles, sino que se juzga de su dominio por el tronco y por las ramas, segun caen á nuestro fundo ó al ageno; pudiendo el dueño de un arbol comun cortar las ramas que le estorbasen ó quitasen el sol, como sucede entre los sajones, los germanos y belgas. Hub. *Prælect. lib.* 2. *tit.* 3. §. 65.

376. La percepcion de frutos *es una especie de accesion*, por la cual aquel que posee la cosa agena con buena fe no *interrumpida* y con *justo* título se reputa como señor, y por lo mismo hace suyos los frutos que percibe, *l.* 48. *pr. l.* 23. §. 1. *D. de adquir. rer. dom.* §. 35. *Inst. e. t.* Posee de buena fe el que ignora que la cosa es agena, y cree que su causante tuvo derecho de enagenarla como dueño, procurador ó tutor, *l.* 109. *D. de verb. sign.* Posee con justo título el que posee por una causa hábil para transferir dominio (339.) Poseer no es retener la cosa, sino retenerla con intencion de dominio, ó de tenerla para sí, cuya posesion estrictamente se llama civil y se opone á la

---

374. *Pertenecen al dueño*) Esto se funda en el derecho civil y no en el natural, por el cual debieran ser comunes á ambos dueños. Grot. *de iur. bell. et pac. l.* 7. *cap.* 8. §. 22.

Deducidos los gastos) Ya se sembrase con buena ó con mala fe. *L.* 29. §. *ult. D. hæred. petit.* Pues aunque el dueño del campo hubiera estado en posesion de su fundo, no hubiese podido obtener productos sin hacer los gastos necesarios para el cultivo. *

Raices) Esto es, si fuese plantado en un campo ó huerto ageno; pues si lo fuese en un tiesto, facilmente se le podrá entregar la planta al dueño juntamente con el tiesto, pagando el valor de este. *

Divisible) Mientras permanece fijo en tierra es comun *pro indiviso*, pues nadie puede decir tales ramas son mias, y tales del vecino; y se dividen los frutos entre los dos. Pero arrancado el arbol, se hace comun *pro diviso*, repartiéndose la leña.

376. *Especie de accesion*) Hubero niega que sea especie de accesion, *Prælect. Inst. e. t.* §. 26., porque es una accesion sin saberlo el dueño. L. 25. §. 1. *D. de usur.*

A la natural) La posesion natural consiste en el mero acto de tener la cosa. Pero los sabinianos pensaban de diverso modo que los proculeyanos. Los que segun aquellos poseian naturalmente; segun los proculeyanos no poseen, porque no pueden dos personas tener la posesion de una misma cosa. Merillo concilia varias leyes contrarias sobre esta materia. *Obs. lib.* 1. *cap.* 31. y 32.

natural en nuestro derecho, *l.* 1. §. 9. *D. de vi et vi arm. l.* 2. §. 1. *D. pro hæred. l.* 38. §. 7. D. *de verb. obl.*

377. Como la buena fe y el justo título hacen que el poseedor se considere como señor, se sigue: 1.º que hace suyos los frutos que percibe, esto es, desde el instante en que se separan del terreno ó del arbol, *l.* 48. *pr. D. de adquir. rer. dom.;* 2.º que percibe no solamente los industriales sino tambien los naturales, *l.* 48. Noodt. *Probabil. jur.* (*), como el aceite, que segun Plinio, *histor. nat. lib.* 15. *cap.* 1., es producido sin cultura lo mismo que el heno, *l.* 13. D. *quib. mod. usuf. amitt.* Vinnio en el §. 35. *Inst. e. t.* 3.º Que el poseedor de mala fe nada lucra, y no solamente está obligado á restituir los frutos percibidos, sino tambien los que se debieron percibir, *l.* 33. *l.* 62. §. 1. D. *de rei viud.* §. 35. *Inst. e. t.*

(*) Esto se confirma en la *l.* 25. §. 1. *D. de usur. y l.* 136. *D. de reg. jur.* Asi no se deben tomar como sinónimas las palabras de Justiniano, *pro cultura et cura* (por la cultura y cuidado).

378. Como la buena fe no hace á nadie verdadero señor, se sigue: 4.º que apareciendo este, el poseedor de buena fe no restituye los frutos *consumidos*, aunque se haya hecho mas rico con ellos, §. 35.

En nuestro derecho) Y asi puede decirse, que la posesion natural se espresa por la significacion gramática de la palabra posesion, y la civil por la jurídica; pues los jurisconsultos no adjudican los frutos, ni dan los interdictos, ni otros beneficios, sino á los que poseen civilmente, esto es, con ánimo de adquirir. *

377. *Que perciben*) Se dice que percibe los naturales, en cuanto se separan del fundo, y los arriendos de los prédios rústicos en cuanto viene el dia de la cobranza; los alquileres de los prédios urbanos se perciben á prorata del tiempo en que se tuvo la posesion. *

Hace suyos) Pero puede revocarse el dominio, sino habiéndose aun consumido, apareciese el dueño del fundo. Si los enagenó, transfiere su dominio irrevocablemente en el que lo recibe. L. 4. §. 2. *D. fin. regund. L.* 22. *C. de rei vind.*

Percibe) Aunque en el §. 35. de la *Inst. e. t.* se dice que el poseedor de buena fe hace suyos los frutos *pro cultura et cura,* sin embargo tambien hace suyos los frutos naturales, porque tambien exigen algun cuidado. (*a*) La *ley* 45. *D. de usur.*, que algunos oponen aqui, no es de este lugar, porque el marido no tiene justo título en la cosa donada por su muger. * Asi es, que en tal caso hace suyos solo los frutos industriales el poseedor de buena fe, pues aunque se juzgue dueño, no posee por justa causa.

(*a*) La causa principal de la adquisicion que hace el poseedor de buena fe, no dimana de *cultura et cura*, pues adquiere los frutos independientemente de todo cultivo. Aqui sólamente se considera el fundo donde se producen. El propietario del suelo lo es de los frutos en consecuencia del derecho que tiene en el suelo, y si se atribuyen aqui al poseedor que cree tener, pero que no tienen realmente propiedad en el fundo, es porque tiene todos los derechos del verdadero señor hasta que este se presente. L. 25. §. 1. *D. de usuris. (Nota del Trad.)*

Naturales) Se dicen frutos naturales los que produce la naturaleza con muy pocos gastos, como las manzanas, nueces &c. Industriales los que se producen empleando muchos gastos y cultivo, como el trigo &c.

Los que debieron percibir) Esto es, aquellos que el poseedor de mala fe pudo percibir ó hacer producir justamente, y por su negligencia no fueron producidos.

378. *Mas rico*) Esto tiene lugar si el poseedor es reconvenido en juicio particular, escepto por la accion *quod metus causa;* pero no si por universal, como por peti-

Inst. e. t. l. 4. §. 2. D. *finium regund.;* pero sí los existentes, *l.* 22. *C. de rei vind.*

«Nuestras leyes sientan casi los mismos principios que las romanas »sobre esta materia. Sin embargo, hay que advertir con respecto á la »percepcion de frutos, que el poseedor de buena fe, solo hace suyos »los frutos industriales, mas no los naturales, los cuales debe restituir »aun cuando los haya consumido; el poseedor de mala fe que tiene justo »título debe restituir los existentes y el valor de los consumidos, sin »atender á si son naturales ó industriales; el que ademas de tener mala »fe no tiene título, debe restituir los frutos existentes y el valor de los »consumidos y de los que pudo percibir. Al poseedor de buena fe se le »abonan los gastos necesarios que hizo en el fundo, y los útiles, y se »le permite detraer los que hizo por mero lujo; al de mala fe se le »abonan los primeros y puede detraer los segundos, mas perderá los »terceros. *Ll.* 39 *y* 40. *tit.* 28. *Part.* 3.»

379. Hase tratado de los modos de adquirir por derecho de gentes originarios; síguese tratar del derivativo, que es la tradicion. (341.)

380. *La tradicion es un modo derivativo de adquirir, por el cual el dueño que tiene derecho y ánimo de enagenar transfiere á otro por justo título una cosa corporal*, §. 40. 42. *Inst. e. t.*

381. De esta definicion se deducen los siguientes axiomas: 1.° que pueden darse en tradicion las cosas corporales; 2.° que deben entregarse por el dueño que tiene derecho de enagenar; 3.° que no se transfiere el dominio si la entrega no se hace con ánimo de enagenar; 4.° que por la entrega no se adquiere dominio, á no ser que preceda título hábil para transferirlo. Huber. *prælec. á la Inst. e. t.* §. 52.

382. Recayendo la tradicion sobre cosas corporales, se sigue: 1.°, que no tiene lugar en las cosas corporales la tradicion, *l.* 43. §. 1. D. *de adquir. rer. dom. l.* 4. §. 17. D. *de usurp. et. usuc.*, sino solamente la *cuasi tradicion.* Esta consiste de parte del que la concede en tolerar que otro las posea; y de parte del que la recibe en el uso ó ejercicio, *l.* 1. §. *ult.* D. *de serv. rust. prœd. l. ult.* D. *de serv.* 2.° Que deba hacerse

---

cion de herencia; pues en estos juicios ó peticiones se suple la cosa por su precio. L. 1. §. *C. de pet. hac red.*, y la *ley* 18. *D. quod met. causs.*

Los existentes) Se llaman existentes los frutos que aun no se recogieron y separaron, como las espigas que estan aun en el campo, las manzanas en los árboles, y los arriendos no vencidos. * Se restituyen los frutos percibidos, pero aun no consumidos, que se llaman propiamente existentes, deducidos los gastos de cultura y siembra.

380. *Tradicion*) Defínese aquí la tradicion en cuanto se considera como modo de adquirir; pues la nuda tradicion se puede definir con Teófilo, *translacion de una mano á otra*, ó mejor con Cujacio, *dacion ó translacion de posesion.*

Transfiere) Grocio en el derecho de gentes, *lib.* 2. *cap.* 8. §. 5., dice que la sola voluntad del dueño aun sin tradicion transfiere el dominio. Pero esto no es así, segun derecho civil, aunque lo sea segun el natural, como observó el mismo Justiniano, §. 40. *Inst. e. t.* * Los romanos para evitar pleitos quisieron que fuera necesaria la tradicion para transferir el dominio.

por traslacion natural de la cosa, como pasando la cosa mueble de una mano á otra, *l.* 8. D. *de pecul.*, ó mostrando la cosa inmueble que está presente, *l.* 3. §. 1. D. *de adq. poss.*, entregando cierta cosa que significa la que le da, v. gr. entregando las llaves, los instrumentos y otras cosas, y á esta tradicion se llama *simbólica*, *l.* 1. §. *penult.* D. *de adq. poss.* *l.* 9. §. 6. D. *de adquir. rer. dom.* §. 44. *Inst. e. t. l.* 74. D. *de contr. empt.*, ó manifestando la cosa á lo lejos, *l.* 18. §. 2. D. *de adquir. possess.*, cuya tradicion se dice hecha *longa manu*, *l.* 79. D. *de solut.*, ó finalmente, por *ficcion*, suponiendo que se entrega una cosa cuando el que la recibe ya la poseia por otro título, §. 43. *Inst. e. t. l.* 9. §. 5. *l.* 21. §. 1. D. *de adquir. rer. dom.* Esta tradicion se dice hecha *brevi manu*, *l.* 43. §. 1. D. *de jur. dot.*

389. Debiendo hacerse la tradicion por el dueño que tiene derecho de enagenar, se sigue: 3.º que si se hace por uno que no es señor, no transfiere dominio, aunque aquel que la reciba lo considere como verdadero dueño; pero esta circunstancia hace al que la recibe poseedor de buena fe, *l.* 20. *pr.* D. *e. t.*; 4.º que el pupilo no puede hacer la tradicion sin autoridad del tutor, §. 2. *Inst. quib. al lic. vel non.*

384. Requiriéndose en el que hace la tradicion intencion de enagenar, y justo título en virtud del cual se haga la entrega, se sigue: 5.º que no se transfiere dominio si falta dicho título, *l.* 31. *pr.* D. *de adquir. rer. dom.*; que en la compra venta no basta el título, á no ser que se haya pagado el precio, ó se haya vendido al fiado, §. 41. *Inst. e. t. l.* 19. D. *de cont. empt.*; 6.º que la tradicion pueda hacerse á personas inciertas, con tal que indefinidamente sean ciertas, v. gr. los dones que los príncipes arrojan al pueblo (*), §. 45. *Inst. e. t. l.* 9. §. 7. D. *de adquir. rer. dom.*

(*) Estos pueden mas bien referirse á la ocupacion, pues el que arroja dichos dones lo hace con la intencion de perder su dominio para siempre, y por lo mismo los tiene por abandonados. (342.) Las cosas abandonadas son de ninguno, y por lo mismo ceden al primero que las ocupa. (343. 1.) Tenemos ejemplos de estos dones ó monedas arrojadas por los emperadores en Suet. *Aug. cap.* 98. *Calig. cap.* 18. *Neron. cap.* 11., y por los magistrados en el §. 45. *Inst. e. t. l.* 2. *C. de consul. et non sparg. pec. lib.* 12. *Nov.* 105. *cap.* 2. §. 1.

385. Síguese otra division de las cosas, en corporales y incorporales (330.), de que trata en este título Justiniano.

---

383. *Hecha*) En vano se opone á esto el ejemplo del acreedor que vende la prenda que le dió su deudor: pues esta venta no se hace á nombre del acreedor, sino del deudor, y por ella se transfiere el dominio, si el deudor lo tenia. Y asi no debe prestarse la eviccion por el acreedor, sino por el deudor.

De buena fe) De suerte que se halla en estado para prescribirla.

384. *Al fiado*) O si hubiese dado al vendedor cualquiera otra caucion de pagarle el precio, como si le diese prenda &c. L. 53. *De contrah. emt.*

Al fin) ¿Se requiere para la translacion de dominio que se entregue la posesion libre de la cosa? Asi lo deducen algunos de la *ley* 3. §. 1. *D. de act. emt.*; pero es mas cierta la opinion contraria, como enseña Hub. *Prælect. Inst. e. t. n.* 37.

TITULO II.

De las cosas corporales y de las incorporales.

386. Los jurisconsultos llaman *cosas corporales* aquellas *que pueden tocarse*, *é incorporales*, las que *no pueden tocarse* (*). De esta especie son las que consisten en ciertos derechos, como la herencia, el usufructo y las obligaciones, *l.* 1. §. D. *de rer. divis.* §. *un. Inst. e. t.*

(*) Esta division se funda en los principios estóicos, cuyos filósofos, reduciendo al tacto todos los sentidos, definieron al cuerpo, *aquello que puede tocarse*, Sénec. *epist.* 106. Los mismos filósofos afirmaban que solo los cuerpos tenian *ser*, y que las cosas incorporales *no existian*, sino que *se entendian existir*, Cic. *topic. cap.* 5., llamando á aquellos *cosas*, á estos *derechos*, Quintil. *Inst. orad. lib.* 5. *cap.* 10. De aqui las palabras de Paulo: *las servidumbres no estan en los bienes, sino fuera de ellos.* V. Noodt. *Probal. lib.* 9. *cap.* 30.

387. Por tanto el dinero es corporal en cuanto que se hace de oro y plata, §. *un. Inst. e. t. l.* 1. §. 1. D. *de rer. divis.*; pero considerado como cantidad es incorporal, *l.* 46. D. *de condict. indeb. l.* 5. *pr.* D. *de impens. in rem dot. l. ult.* D. *de adim. leg.*, pues las cantidades, lo mismo que las cualidades, no pueden tocarse, y de aqui el dividir Vulteyo las cosas incorporales en *cantidades* y *cualidades. Jurispr. Rom. lib.* 1. *cap.* 62. *pág.* 345.

388. No pudiendo tocarse las cosas incorporales, se sigue, que propiamente ni se poseen, ni se entregan, ni estan en el dominio (335.), sino que cuasi se poseen, cuasi se entregan, y se entiende que estan *en los bienes*, *l.* 49. D. *de verb. sign. l. ult.* D. *de usufr. leg.*

389. Las cosas corporales se dividen en *muebles é inmuebles. Muebles son las que se mueven por sí mismas, ó pueden trasladarse de un lugar á otro sin destruirse. Inmuebles son aquellas que no pueden llevarse de un lugar á otro sin deteriorarse, como las cosas inherentes al suelo, ó que forman parte de las cosas inmuebles, ó que estan destinadas á cierto lugar por causa del uso perpétuo que tiene que hacerse de ellas. l,* 13. §. *fin. l.* 14. 15. 17. *pr.* D. *de act. empt. l.* 242. §. *ult.* D. *de verb. sign.*

---

386. *No pueden*) Esto es, porque no afectan á los sentidos, pues con respecto al uso y ejercicio, las cosas incorporales se perciben por los sentidos. Hub. *Nota á la Inst. e. t.* ✿

387. *Incorporal*) Esta observacion es de mucha importancia en la doctrina sobre legados: pues si se legó la cantidad de dinero que habia en una arca, y esta pereciese, espira el legado: si se legó cierta suma de dinero, no se estingue el legado, aunque fuese hurtada al heredero una cantidad igual ó mayor á la legada. L. 36. *D. de legat.* ✿

389. *Forman*) Pertenece, pues, á estas todo lo que está agregado ó unido á ellas, en oposicion á las cosas sacadas y cortadas que no se destinan para uso perpétuo de los bienes raices, como la arena, la greda &c. Por analogia las cosas incorporales se tienen por inmuebles, si estan inherentes á estas. ✿

390. Por tanto, las obligaciones, derechos y acciones no se contienen en el nombre de cosas muebles é inmuebles *l.* 7. §. 4. D. *de pecul. l.* 15. §. 2. D. *de rei jud. l. unic.* §. 7. C. *de rei ux. act. l.* 2. C. *de quadrienn. præscript.*

TITULO III.

De las servidumbres de los prédios.

391. Consistiendo las cosas incorporales en derechos, siendo las *servidumbres* uno de ellos, y numerándose ademas entre los derechos en la cosa (334. 3.), se debe tratar de ellos en los títulos siguientes.

392. La *servidumbre* es el *derecho constituido en cosa agena, por el cual el dueño está obligado á permitir ó no hacer algo en su cosa, en utilidad de otra persona ó cosa*, *l.* 15. *pr.* §. 1. D. *e. t.* Asi pues, no sirve aqui un hombre, como se dijo en el §. 79., sino una cosa, y sirve ó á un prédio vecino ó á una persona. La primera servidumbre se llama *real* ó *predial*; la segunda *personal*, *l.* 1. D. *e. t. l.* 32. D. *de usufr.*, á la que pertenecen el *usufructo*, el *uso*, la *habitacion*, y las *obras de los siervos*, *l.* 1. *D. e. t.*

393 La servidumbre *real* es cuando *un prédio sirve á otro prédio*, §. 3. *Inst. e. t. l.* 1. §. 1. *D. comm. præd.* Por lo que sin prédio no hay servidumbre, *l.* 1. §. 1. *D. comm. præd. tam urban. quam rust.*

394. Siendo destinados los prédios ó á sola habitacion ó á usos económicos, los jurisconsultos dan el nombre de *urbanos* á los destinados al primer objeto ya esten sitos en el campo ó en la ciudad, y el de rústicos á los destinados al segundo objeto, sin consideracion alguna al lugar donde estan situados, §. 1. *Inst. e. t. l.* 1. *pr. D. comm. præd.* Nada importa que sean edificios ó áreas, porque los huertos agregados á los

---

390. *Contienen*) Y asi es error creer que se tiene constituida hipoteca universal en las cosas muebles é inmuebles; pues ó se ha de hacer espresa mencion de los derechos y acciones, ó se ha de constituir hipoteca de todos los bienes presentes y futuros sin señalamiento de partes. ✠

393. *A otro prédio*) Este prédio ha de estar cercano ó contigúo al sirviente. Las servidumbres urbanas exigen por lo comun contigüidad; en las rústicas basta algunas veces que haya proximidad. Se dice que hay contigüidad cuando un prédio está tocando con otro. ✠

394. *Económicos*) Esto es, para la recoleccion de frutos, granos &c.; para tener estiércol, recoger los ganados &c.

Sin consideracion) Neracio llama urbanos á los prédios que estan sitos en una ciudad, y rústicos á los que en el campo, segun se colige por la *ley* 2. *de servit. præd. rustic.*; pero esta opinion se ha desechado, estableciéndose que por lo regular los prédios urbanos y los rústicos no se distinguen por el lugar en que estan situados, sino por su cualidad y por los usos que de ellos se hacen. Cujac. *Nota á la Inst. e. t.*

Areas) Se hace esta advertencia en atencion á que Noodt en sus *Coment. á las Pandect. e. t.*, juzga que se ha de establecer la diferencia entre prédios urbanos y rústicos, de la *ley* 3. *D. de servit.*, de suerte, que se dirán urbanas las que consisten en un edificio ó en la superficie, y rústicas las que en un solar (esto es, las que estan afectas al suelo, independientemente de toda construccion.) Pero como un huerto pueda ser ya prédio urbano, ya rústico, L. 198. *D. de verbor. signif.*, es claro que no es esta la diferencia genuina de los prédios urbanos y rústicos. ✠

edificios se llaman prédios urbanos si se tienen para recreo, *l.* 198. *D. de verb. sign.*, mientras que las casas de campo se llaman prédios rústicos, *l.* 211. *D. lug. cit.* De aqui es, que las servidumbres se llaman *urbanas* ó *rústicas*, atendiendo á la naturaleza del prédio dominante (*).

(*) Antiguamente hubo gran diferencia entre estas servidumbres, porque las pertenecientes á prédios rústicos eran cosas *mancipi*; las que á urbanos, cosas no *mancipi* (330. *); pero abolida esta distincion, ya no tiene importancia esta diferencia de las servidumbres.

395. Todas las servidumbres se regulan por los axiomas siguientes: 1.° toda servidumbre se constituye en cosa agena (392.) porque á ninguno sirve su cosa, *l.* 5. *pr. D. si usufr. pet.*; 2.° ninguna servidumbre consiste en hacer, sino en *permitir* ó en *no hacer* (*), *l.* 15. §. 1. *D. de serv.*; 3.° todas las servidumbres son indivisibles, *l.* 2. §. 2. *l.* 72. *pr. D. de verb. obl.*; 4.° *la causa de las servidumbres debe ser perpétua*, *l.* 28. *D. de serv. præd. urb. l. unic.* §. 4. *D. de font. l.* 1. §. 5. 8. D. *de aq. quotid.*

(*) Las que consisten en *permitir*, se llaman *afirmativas*, las que en no hacer, *negativas*. Aquellas *cuasi se entregan*, estas ni pueden *entregarse* ni *cuasi entregarse*. (339. **)

396. Siendo la servidumbre un derecho en la cosa, y en cosa agena, se sigue: 1.° que se constituye por pacto ó estipulacion, §. 4. *Inst. e. t.*; 2.° por última voluntad, §. *ult. Inst. e. t. l.* 16. *D. comm. præd.*; 3.° por la prescripcion de diez años entre presentes, y veinte entre ausentes, *l. ult. al fin. C. de præscr. long. temp.*: 4.° que si la servidum-

---

395. *Indivisibles*) Pero pueden concederse de cierto modo, y dividirse por razon del uso ó ejercicio, v. gr., concediendo el derecho de llevar los ganados á pacer un dia sin otro. La misma servidumbre como cosa incorporal no admite division, y asi en vano intentarian dos coherederos que se dividiese entre ellos la servidumbre de via. *

Perpétua) Se dice que toda servidumbre tiene causa perpétua, cuando aunque la servidumbre no pueda ejercerse continuamente, hay en el prédio sirviente cierta potencia ó disposicion para que el poseedor del prédio dominante pueda ejercer la servidumbre cuando lo exija la necesidad de su prédio; disposicion que ha de ser formada por solo el beneficio del cielo, sin que intervengan las obras manuales del dueño del prédio sirviente; pues la servidumbre no consiste en hacer, y lo que se hace por causa natural, se juzga que se hace perpétuamente. L. 28. *D. de servit. præd. urb.* (*a*)

(*a*) Para mayor claridad de esta materia insertaremos la version íntega de la ley 28 citada. Dice asi: el abrir un agujero en lo inferior del cónclave ó dormitorio para lavar el suelo, agradó que no se tuviese por servidumbre *fluminis*, ni que se adquiriese por el tiempo, y esto es cierto si á aquel lugar no le entra el agua que cae del cielo; porque lo que se hace con la mano no tiene causa perpétua; pero la que cae del cielo, aunque no sea continuamente, se hace por causa natural, y por esto se juzga que se hace perpetuamente. Todas las servidumbres de los prédios deben tener causas perpétuas, y por esto no se puede conceder acueducto del lago ó del estanque: la causa del stilicidio tambien debe ser natural y perpétua. (*Nota del Trad.*)

bre es afirmativa (*), *l. ult. D. de servit. l.* 1. *al fin. de servit. præd. rust. l.* 11. §. 1. D. *de public. in rem. act.*, no nace derecho en la cosa del pacto, sino inmediatamente de la cuasi tradicion: 5.º que si el dueño del prédio dominante adquiere el prédio sirviente, ó al contrario, se estingue la servidumbre, *l.* 1. *D. quemadm. serv. amitt.*

(*) Por tanto, la servidumbre *prometida* se pide solamente con la accion *ex stipulatu*; mas la *legada*, ó con la accion personal de testamento, ó con la real confesoria; y si estuviere ya *constituida*, se reclama solamenta con esta. La razon porque la servidumbre dejada en testamento puede pedirse con accion real ya se dijo arriba (339. **), á saber; porque los legados se adquieren de pleno derecho sin necesidad de tradicion, *l. ult. D. de serv. leg.*

397. Consistiendo las servidumbres en permitir ó no hacer, se infiere: 6.º que el dueño del prédio sirviente no está obligado á repararlo para que pueda prestar la servidumbre, *l.* 15. §. 1. *D. de servit.*

398. Finalmente, siendo indivisibles todas las servidumbres, se sigue que no puedan constituirse ni adquirirse por partes, *l.* 8. §. 1. *l.* 11. §. 1. 17. *D. de servit.*; bien que esto no impide que puedan prefijarse ciertos términos al modo con que deban prestarse, *l.* 4. §. 1. *D. lug. cit.*

399. Las servidumbres de los prédios urbanos son varias; tales son dichas en latin: *oneris ferendi*, *tigni immitendi*, *projiciendi*, *protegendi*, *stillicidii* vel *flaminis recipiendi* vel *non recipiendi*, *altius tollendi*, vel *non tollendi*, *luminum et ne luminibus officiatur*, *prospectus* et *ne prospectui officiatur*. Ll. 2, 3 y 4. D. *de servit. urb. præd.* §. 1. *Inst. de servit.* (*)

(*) Estos términos no pueden traducirse esactamente sin dar la definicion de cada servidumbre, y como esta se esplique en los párrafos siguientes, se ha omitido aqui para evitar repeticiones. *(Nota del Trad.)*

400. La servidumbre de *sufrir carga* (oneris ferendi), consiste en

---

366. *No nace*) Sin embargo hay dos escepciones: 1.ª si se constituyó por última voluntad: 2.ª si fuera servidumbre negativa, esto es, si consiste en no hacer. En ambos casos se adquiere el derecho *in re* sin tradicion, como se manifestó arriba, §. 339. ***

398. *No puedan adquirirse*) Ni perderse ni remitirse en parte ó por partes. L. 94. *D. de servit. præd. rust. L.* 10. *D. quemad. servit. amitt.* Asi, pues, si se legase indefinidamente la servidumbre de via, el legatario podrá ir y andar á cualquier parte del fundo, porque debe todo el fundo la servidumbre; lo cual no tiene duda en la potencia ó posibilidad como suele decirse; pero con respecto al acto, solo afectará la servidumbre en aquella parte del fundo en que primero se ejerció, determinándose la via, y quedando libres las demas. L. 13. *D. de servit. præd. rust.* Pero la servidumbre puede retenerse en parte, aunque al principio no se pueda adquirirse de esta forma. L. 8. §. 1. *D. e. t.*

399. *Son varias*) Son muchas mas de las que se esponen en las instituciones; y aun las rústicas pueden reducirse á urbanas, L. 20. §. 1. *D. de servit. urban. præd. l.* 14. *D. conmun. præd.*

consentir el vecino que la *columna* ó *pared soporte el peso de nuestros edificios*, §. 1. *Inst. e. t. l.* 33. D. *de servit. urb. præd.*

401. No consistiendo la servidumbre en hacer, ni estando ordinariamente el dueño del prédio sirviente obligado á hacer los reparos necesarios, es claro que el dueño del prédio dominante tambien está ordinariamente obligado á reparar la pared ó columna del vecino sobre que descansan sus edificios, *l.* 6. §. 2. D. *si servit. vind.* Por lo tanto no puede decirse que esta servidumbre es anómala (*).

(*) Disputaron los antiguos, no sobre si el dueño del prédio sirviente está obligado á reparar la columna, sino sobre si podria hacerse este pacto. Aquilio Galo lo negó, fundándose en que era contrario á la naturaleza de las servidumbres; pero prevaleció la opinion contraria de Servio, porque nó prestándose la servidumbre, segun dice Labeon, por el hombre sino por la cosa, el dueño de la columna puede abandonarla para siempre, si no la quisiese levantar, *l.* 6. §. 2. *D. si servit. vind.* Paulo habla espresamente de este pacto en la *ley* 33. *D. servit. præd. urb.*, en la cual se dice que las partes estipularon del modo siguiente, *que la pared que ha de sufrir la carga permanezca como está ahora.* Por tanto si no se estipulaba de este modo, el dueño del prédio dominante, y no el del sirviente, era quien quedaba obligado á reparar la pared.

402. La servidumbre llamada *tigni immitendi es el derecho por el cual uno está obligado á sufrir que descansen en su pared los maderos*, tignum, *que el vecino introduzca en ella*, *l.* 20. D. *de servit. præd. urb. l.* 242. §. 1. D. *de verb. sign.*

403. La servidumbre *projiciendi* es *el derecho que uno tiene en el prédio del vecino para que permita suspender sobre su fundo alguna parte de nuestros edificios, aunque no descansen en él* (*), *l.* 242. §. 1. D. *de verb. sign.* La servidumbre llamada *protegendi* es *el derecho de tener techo volado sobre suelo ageno*, *l.* 2. D. *servit. præd. urb.*

(*) Tales eran los llamados *mœniana y suggrundia.* Los primeros eran unas especies de balcones que se hacian para mirar, y todavia no se ha decidido si se llamaron asi de *Menio Censor*, ó de un jóven pródigo de este nombre. Las de-

---

400. *El peso*) No debe confundirse esta servidumbre con la de *tigni immittendi*, pues por esta solo descansan en la pared del prédio sirviente algunos maderos del vecino, cuando por la primera descansa el mismo edificio.

401. *Ordinariamente*) Adviértase que la *ley* 33. *D. de servit. præd.*, en que se dice que debe el prédio del dueño sirviente reparar la columna en que cargan las casas vecinas, se ha de entender del caso en que los contrayentes hicieran tal pacto. Pues las palabras de que usa esta ley, *lex œdium,* quieren decir lo mismo que pacto ó condicion impuesta por los contrayentes. *

402. (*Tignum*) Por esta palabra no se entiende solamente los maderos, sino cualesquier otros materiales que se usan para construir, v. gr., piedras, hierro &c. L. 1. §. 1. *D. de tign. junct.* *

403. *Al fin*) La servidumbre *projiciendi* versa sobre lo que sirve de ornato y de amenidad al prédio, como los balcones, corredores &c. (*mœniana*); la servidumbre *protegendi* se refiere á lo que es útil al prédio, para que no se deteriore. Se diferencia una de otra como lo mas y lo menos. El que tiene la primera goza tambien de la segunda, pero no al contrario, como observa Tomasio á Hub. *Prælect. tit. de servit. præd. urb. n.* 10.

mas especies de balcones ó de aleros que se hacian, ya para mirar, ya para echar fuera el agua, se llamaron *suggrundia* de *suggrediendo.* Vitruvio *lib.* 2. *cap.* 9. *lib.* 4. *cap.* 2.

404. La servidumbre de recibir las goteras ó canales del vecino; *stillicidii* ó *fluminis recipiendi*, *es el derecho por el cual el prédio vecino está obligado á recibir las goteras ó canales que caen de nuestros techos sobre su casa ó area*, *l.* 2. D. *lug. cit.*; y la servidumbre *de no recibir las goteras ó canales* (non recipiendi), *es el derecho que tiene el vecino de prohibirnos que caigan nuestras goteras ó canales sobre su fundo, no obstante que se nos permita por los reglamentos de policia.* Asi definen esta servidumbre, Vinn. *al* §. 1. *Inst. e. t. y* Hub. *prælect. ad Inst. e. t.* §. 9. Aunque tambien puede definirse, el derecho que tenemos de impedir al vecino que desagüe las goteras ó canales de sus tejados en su area, sino que las deje caer en las nuestras, obligándole á dejarnos el agua de la lluvia para nuestros usos. (*Pand. part.* 2. §. 145). Vinn. *al* §. 1. *Inst. e. t* Huber. *Prœl. á la Inst. e. t.* §. 9. La diferencia que hay entre la servidumbre *stillicidii* y *fluminis* es que en aquella el agua cae por goteras, y en esta por canales, y por consiguiente en mayor cantidad.

405. La servidumbre de *no fabricar mas alto* (altius non tollendi) *es el derecho por el cual se prohibe al vecino que fabrique mas alto su edificio para que no perjudique los edificios vecinos*, *l.* 2. D. *de servit. præd. urb.* §. 1. *Inst. e. t.* La servidumbre de *fabricar mas alto*, *es el derecho por el cual se obliga á uno á que permita que el vecino fabrique mas alto su edificio de lo que permiten los reglamentos (*)*, §. 2. *Inst. de act.* Asi para que exista esta servidumbre es menester que haya un reglamento que prohiba al vecino fabricar sin permiso del vecino fuera de los términos prescriptos por la ley, *l.* 12. §. 1. *C. de ædific. priv.*

(*) A. A. Pagenstechero (*Sicilim. Mancip.* 3.), congetura que la servidumbre de edificar mas alto se establecia siempre que un vecino estipulaba con otro el de-

---

404. *Recibir*) Esta servidumbre tiene lugar principalmente en los parajes en que hay escasez de agua, como en las regiones de Africa y Egipto donde se vendia el agua. V. la *ley* 14. *D. de alim. vel cibar. legat.* *

* *Corasio*) Corasio no refiere el pasage de Triboniano á la hipótesi del derecho municipal, sino que lo interpreta segun la regla del derecho comun en la *ley* 24. *D. de servit. urb.* Cirill. al §. 2. *Inst. de act.*

Y otros) J. Voet, desechando estas opiniones, esplica esta servidumbre, *Comment. ad Pandect. tit. de servit. præd. urb. n.* 6. *y sig.* Tal vez se trate aqui del caso en que uno tiene que sufrir que su vecino edifique sobre su casa un granero. (*a*) V. Hein. *Ant. Rom. l.* 2. *t.* 3. *n.* 7.

(*a*) El testo dice, *cœnaculum.* Dábase este nombre segun Suetonio á los graneros ó pisos mas elevados de las casas. (Suetonio, *Gram.* 11.) Segun Varron se llamaba antiguamente *cœnaculum* el aposento donde se cenaba situado en la parte superior del edificio. (Varr. *de lat. Luig.* 4. 33.) y de aqui el darse este nombre á toda la parte del edificio que formaba el piso mas elevado. (Tit. Liv. 39. 40. Suet. *vit.* 7.) (*Nota del Trad.*)

recho de poner entablamento en sus casas. Esto se hizo algunas veces, segun se infiere de la *l. 2. pr. D. de servit. rust. præd. y l. 24. D. de servit. urb. præd.* Pero esta congetura, como sucede con casi todas las esplicaciones de los doctores, ofrece graves dificultades: 1.° porque el dueño del prédio dominante no podria entonces establecer la accion confesoria con esta fórmula: *digo que tengo derecho de fabricar mis casas mas alto*, §. 2. *Inst. de act.*; 2.° porque esta servidumbre no se diferenciaria de la de sufrir carga; y 3.° porque consta de la *l. 1. pr. D. de servit. urb. præd.*, que si *hay de por medio algun terreno público ó camino público no se impiden las servidumbres de senda ó carrera, ni la de edificar mas alto.* ¿De que uso pues seria el poner entablamento en casas agenas, si uno no tuviese acceso á ellas desde las suyas? Confieso que esta opinion no ofrece menores inconvenientes que la de Fabro, Donelo, Duareno, Corasio, Vinio y otros.

406. La servidumbre de dar *luz* (luminum) es *el derecho de obligar al vecino á que nos permita abrir nuestras ventanas en una pared suya ó comun, l. 4. y 40.* D. *de servit. præd. urb.* La de *no impedir la entrada de la luz* (ne luminibus officiatur) *es el derecho de prohibir al vecino que haga alguna cosa por la cual se disminuya la claridad que recibimos, l. 4. 15. 17. pr. §. 1. l. 23.* D. *lug. cit.*

407. La servidumbre de *vista* (prospectus) es *el derecho de poner miradores hácia el prédio vecino, l. 12. y 16.* D. *lug. cit.* La servidumbre de *no impedir la vista* (*) (ne prospectui officiatur) es *el derecho de prohibir al vecino que haga alguna cosa por la cual impida nuestras vistas, l. 3. y 15.* D. *lug. cit.*

(*) Por lo cual, constituida esta servidumbre, el vecino no puede tener sobre las casas ni aun vergeles, cuya prohibicion no existe en la servidumbre de no edificar mas alto, *l. 12. D. lug. cit.*

408. La servidumbre de los prédios rústicos son, senda, carrera, via, acueducto y otras semejantes (*iter, actus, via, aqueductus.* Senda ó *iter* es el derecho de pasar el hombre por prédio ageno sin llevar caballería de carga ni carruaje), *jus eundi ambulandi hominis, non etiam jumentum agendi. L.* 1. D. *de servit. rust. præd.* Carrera (*actus*) es el derecho de llevar caballería de carga ó carro (*jus agendi jumentum*

---

406. *De dar luz*) Consistiendo estas servidumbres en escepciones de la regla general, conviene para su mejor inteligencia que se esponga primero dicha regla. Dice asi: *cualquiera puede abrir en su pared cuantas ventanas quiera; pero es lícito al vecino cubrirlas edificando contra ellas.* Asi, pues, si consigo tener ventanas en la pared del vecino, esta será servidumbre de ventana; y si puedo impedir que mi vecino no me cubra las ventanas que tengo abiertas, se llamará servidumbre de no impedir la luz. ✠

Abrir) Es opuesta á esta servidumbre la de no abrir ventanas, por la cual nos obligamos á no abrirlas en nuestra pared, en utilidad del prédio vecino.

407. *Al fin*) Se diferencian estas servidumbres de las anteriores, en que por las primeras se ha de permitir que esten abiertas las ventanas, cuando en las segundas basta que haya ventanas y que entre luz, aunque esten cerradas; y en que la servidumbre de vistas puede constituirse entre dos personas cuyos edificios estan distantes, cuando la de luz solo puede constituirse entre dos vecinos; finalmente, en que no impiden á la servidumbre de luz los árboles, y sí á la de vista, L. 15. *D. de servit. præd. urb.* ✠

vel vehiculum. L. 1. *cit.*) *Via* es el derecho de ir, llevar caballería de carga ó carro y de pasearse. (*Jus eundi agendi et ambulandi. L.* 1. *cit.*) *cap.* 7. (*).

(*) En qué se distingue la carrera y la via? Véase Bynkershoek *Obs. lib.* 4. *cap.* 7. (*a*).

(*a*) Algunos fijan la diferencia entre *actus* y *via* en que el que tiene la primera puede llevar solamente carretas de mano; y el que la segunda, toda clase de carruages, pero no consiste en esto la verdadera diferencia. *Actus* viene de *agere*, y designa el derecho de conducir los ganados y caballerias de carga: comprende tambien el de llevar carros y el de pasar á pie aunque no se conduzca nada, pues basta tener *actus* para tener al mismo tiempo *iter*. (*L.* 1. *cit.*) *Via*, segun la definicion del testo, indica un derecho complejo en el cual se reunen los otros dos, *nam iter et actus in se continet viam*. Pero segun el mismo testo, *actus* comprende tambien *iter*; por consiguiente, ¿qué nuevos goces producirá la reunion de dos derechos cada uno de los cuales contiene ya al otro, y qué diferencia hay entre *actus* y *via*? Existen dos diferencias sensibles con respecto á la anchura del camino (V. Savol. Paul. y Cayo *fr.* 13. §. 1. *fr.* 7. 8. *y* 23.); pero las distinciones que sobre este particular se encuentran son las siguientes. Si se concedió con el nombre de *via* llevar caballeria y no carros, no es *via* lo que se concedió sino *actus*. (Pompon. *fr.* 13. *de servit.*) Asi la conduccion de carruages, comprendida naturalmente en uno y en otro derecho, no es sin embargo necesaria á su existencia; indispensable en la via, no lo es en el *actus*. Del mismo modo *iter* se halla comprendido naturalmente en *actus*, y las personas pueden pasar solas, *etiam sine jumento*, porque en general el que puede lo mas, puede lo menos. Sin embargo, muchas veces se tiene *actus* sin tener *iter* (Ulp. *fr.* 4. §. 1. *servit. vind.*), y entonces se pueden conducir caballerias y pasar con ellas, pero no sin ellas. De suerte que el objeto esencial del *actus* es la conduccion de ganados. El tránsito de personas nunca se comprende en él ni como objeto especial, ni como parte constitutiva de la servidumbre (Ulp. *fr.* 11. §. 6. *de except. rei jud.*) Al contrario, la via jamas existe sin *iter* y sin *actus*, que se reunen en ella como dos derechos distintos, ninguno de los cuales es accesorio del otro. (V. Ulp. *fr.* 13. §. 1. *de accept.*) (*Nota del traductor.*)

409. Estas servidumbres se distinguen tambien en cuanto al espacio, *l.* 13. D. *de servit.* Las leyes de las doce tablas determinaron que la *via* tuviese ocho pies de ancho en lo recto, y diez y seis en lo tortuoso, *l.* 1. D. *de servit. rust. præd.* La latitud de la *carrera* era cuatro pies, Varron, *de la lengua latina*, *lib.* 4. *cap.* 4.; y la *senda*, aunque no se sabe con certeza, se presume que tenia dos.

410. Infiérese claramente de aqui la razon por qué 1.º el que goza de la servidumbre de carrera tiene tambien la senda (*), y el que la de via goza tambien de la carrera y de la senda, *l.* 1. *pr.* D. *de servit. rust. præd.*

¶ 408. *De ir y venir*) Gerardo Nootd distingue entre los significados de las palabras *ire y ambulare*, que *ire* se dice del que pasa con premura lleno de negocios, y *ambulare* del que se pasea desocupado por via de recreo. *Estor.*

* *Bynkershoek*) Y Cuj. *Obs. lib.* 92. *cap.* 95. y Menag. Amænit. *jur. civil. cap.* 96.

409. *En lo tortuoso*) Se añade en la *ley* 7. *D. de servit. rust. præd.*, que el que tiene la servidumbre de via tiene derecho de llevar *lanza levantada*, locucion proverbial, por la cual se indica, que la via no debe estar embarazada con matorrales, ramas, arboles ni arbustos, á lo menos hasta cierta elevacion, de suerte que pueda llevarse por ella una lanza levantada ó carro cargado. *

(*) En los pactos se acostumbró á distinguir espresamente una servidumbre de otra, segun consta de la inscripcion que trae Gruter. *Inscr. p.* 201. *núm.* 3.

411. La servidumbre de *acueducto es el derecho de llevar agua por fundo ageno.* Del mismo modo puede constituirse la de *sacar agua* de fuente agena (pero no de algibe por el axioma 4.° §. 367. *l.* 1. §. 4. D. *de font.*), la de *llevar ganado á beber* ó á pastar á *abrevaderos ó prados agenos*, la de *hacer cal*, *sacar arena*, *tierra* y otras semejantes, que pueden tambien ser personales, si se conceden, no al prédio, sino á la persona (392.), *l.* 14. §. *ult.* D. *de alim. leg.*

412. Otras muchas servidumbres de prédios rústicos pueden fingirse y constituirse segun la naturaleza de las cosas rústicas, que no se mencionan en el derecho romano.

413. Como las cosas comunmente acaban del mismo modo que se constituyen, *l.* 35. D. *de reg. jur.*, se sigue que la servidumbre se acaba: 1.° *por consolidacion*, *l.* 1. D. *quemadm. servit. amitt. l.* 8. §. 1. D. *e. t.;* 2.° *por remision*, *l.* 14. §. 1. D. *de servit.*, pues asi como se constituye por medio de pactos y estipulaciones, asi se acaba por medio de ellos. Basta la remision tácita, la cual se supone cuando se permite hacer alguna cosa que impida el uso de la servidumbre, *l.* 8. *pr.* D. *quemadm. servit. amitt.*; 3.° por el *no uso* de diez años entre presentes, y de veinte entre ausentes (*), *l.* 18. §. 1. D. *quemadm. servit. amitt.*, pues la prescripcion se adquiere por igual tiempo; 4.° por *la destruccion de cualquiera de los dos prédios*, *l.* 14. D. *lug. cit.*, pues sin ellos no hay derecho de prédio; pero si á este se vuelve á dar su primera forma, revive la servidumbre, *l.* 20. §. 2. D. *de servit præd urb.*

---

411. *Ageno*) Coviano distingue entre el acueducto y el de derecho de camino para llevar agua; pues que se puede conceder el derecho de sacar agua de mi fuente, sin dar el derecho de llevarla por mi senda, y á esto se refiere lo que dice Labeon en la *ley ult. D. de servit. vindic.* Cl. Cirill. al *pr. Inst. e. t.*

413. *Por consolidacion*) O por confusion; pues en el momento que se hace una misma persona dueño de ambos prédios, se estingue la servidumbre, porque á nadie sirve su propia cosa: y no reviven las servidumbres estinguidas por la confusion, si esta cesase, á no ser que la confusion no fuese perpetua por la naturaleza del negocio ó porque se hizo con este ánimo. L. 90. *D. de servit. præd. urban. L.* §. 1. *D. de fund. dot.*

Impida) Con tal que lo impida perpétuamente, v. gr., si se permite edificar en un terreno que servia de camino. Pero si solamente lo impide temporalmente, no basta para que se presuma en el momento remitida.

Ausentes) Pues si se constituyó la servidumbre de suerte que se ejerza en ciertos meses ó años, sin hacerse distincion entre presentes y ausentes, se perderá por doble espacio de tiempo, si la causa de no usarse provino de negligencia, mas no si de la mala constitucion de la cosa, como si se secare la fuente sobre que estaba constituida servidumbre de acueducto; pues si volviese á manar agua, aunque se pierde la servidumbre por rigor de derecho, la restituye el juez por equidad, L. 7. *quœmadm. servit. amitt. L.* 34. §. 1. *y sig. D. de servit. præd. rustic.*

Id.) En el dia se distingue entre servidumbres continuas y descontinuas, estinguiéndose estas últimas por prescripcion inmemorial.

Por la destruccion del prédio) Mas no por la inundacion ó por mudarse la faz del suelo. *L.* 14. *D. pr. quœmadm. servit. amit.*

(*) En las servidumbres de los prédios rústicos el no uso estingue el derecho del dueño del prédio dominante; pero no basta esto solo en las servidumbres de los prédios urbanos, á no ser que el dueño del prédio sirviente haya usucapido tambien la libertad, *l.* 6. 7. *D. de servit. præd. urb.*, esto es, que haya ejercido continuamente un hecho contrario á la servidumbre constituida, como tapando los agujeros en que se introdujeron maderos ú otros materiales, y permaneciendo cerrados por el tiempo necesario para prescribir. L. 6. *D. de servit. præd. urb.*

»Nuestras leyes discrepan algun tanto de las romanas acerca de la »constitucion y de la estincion de las servidumbres por prescripcion. »Para adquirirse la servidumbre por uso exigen las leyes de Partida »diez años entre presentes y veinte entre ausentes, *cuando el uso de »la servidumbre no sea tal que solo tenga lugar por intervalos, y »siendo de esta naturaleza requiere doble tiempo. L.* 14. *tit.* 31. *Part.* 3. »Con respecto á su estincion, distingue la *ley* 16. *tit.* 31. *Part.* 3., en»tre las servidumbres rústicas y las urbanas: las primeras cesan por »el no uso de diez años entre presentes y de veinte entre ausentes; en»tendiéndose que principia la prescripcion en las servidumbres que no »contienen hechos positivos de parte del dueño dominante, cuando me»diase de parte del sirviente algun hecho que se oponga al derecho »de aquel, v. gr., en la primera servidumbre, si destruyese la colum»na que sostenia la casa del vecino y este no lo impidiese. Las rústicas »se perderán por no uso de veinte años sin distincion entre presentes y »ausentes, si consistieren en hechos positivos por parte del dominante; »de lo contrario, por transcurso de tiempo inmemorial.»

TITULO IV.

Del usufructo.

414. Hasta aqui de las servidumbres *prediales* en que un prédio sirve á otro prédio. Opónense á estas las personales, que son aquellas en *que el prédio sirve á la persona.* La primera de estas es el usufructo.

415. Las palabras *usar* y *gozar* se diferencian en que el *uso* se circunscribe á satisfacer las necesidades; mas el *goce* no solamente se estiende á la utilidad, sino tambien á los placeres. Senec. *de vit. beat. cap.* 10. El *uso* y el *abuso* se diferencian en que *usamos* dejando salva la substancia de la cosa, y *abusamos* destruyendo esta y los frutos. *Do-*

Al fin) Se acaba tambien la servidumbre por acabarse el derecho temporal del que la constituyó; y concluido el tiempo, ó mediante condicion si se dió por cierto tiempo ó con cierta condicion; pero no se estingue *ipso jure*, sino con la escepcion de dolo ó de pacto; porque la servidumbre es perpétua por su naturaleza: y antiguamente se adquiria por los modos legítimos, como la emancipacion y cesion de derecho. L. 11. §. 1. *quæmad. servit. amit. L.* 4. *pr. D. e. t.*

415. *Placeres*) Por lo que nada importa que se legue el usufruto ó el fruto, pues en el fruto se comprende el uso, y en este no se comprende el fruto. L. 14. §. 1. *D. de usu et habit.*

Frutos) Tambien puede fijarse la diferencia de que se aplica la palabra usar á las cosas no fungibles, y la de abusar á las fungibles, esto es, que constan de número, peso ó medida. *

nat. aferent. Andr. *prol. V.* Ger. Noodt. *de usufructu*, *lib.* 1. *cap.* 1.

416. Paulo define el usufructo: *derecho de usar y gozar de las cosas agenas*, *salva su substancia*, *l.* 1. D. *de usufr.* Dícese *derecho* respecto del usufructuario, y *servidumbre* respecto del propietario. Es derecho en las *cosas agenas* (395.) porque aqui no se trata de usar y gozar de las propias, cuyo usufructo se llama *causal*, *l.* 21. §. 3. D. *de except. rei judic.* Se debe usar y gozar *salva la substancia de las cosas*, porque de otra suerte no seria usufructo, sino abuso.

417. De la misma significacion de la palabra se sigue: 1.° que el usufructuario perciba todos los frutos civiles y naturales, ya sea para satisfacer sus necesidades, ó sus placeres, *l.* 7. *pr. l.* 9. *pr.* §. 7. *l.* 10. *l.* 2. §. 1. *l.* 29. *l.* 59. §. 1. D. *e. t.*; pero esto solamente se entiende respecto de los frutos ordinarios, por cuya razon no le corresponde un tesoro, *l.* 7. §. 12. D. *solut. matrimon.*, ni el parto de una esclava, *l.* 68. *pr. usufr. l.* 28. §. 1. D. *de usur.*, pues parece degradante que el hombre se numere entre los frutos, cuando la naturaleza ha producido todos estos para él (*), §. 37. *Inst. de rer. divis.* 3.° Que el usufructuario puede arrendar la cosa usufructuaria lo mismo que los frutos, pero no vender á ningun estraño su derecho ó el usufructo, de manera que ceda y transfiera el derecho en la cosa, y si lo hace no vale la enagenacion, §. 3. *Inst. de usufr.*, sin que obste la ley 66. D. *de jur. dot. l.* 12. §. 2. D. *de usufr.* §. 3. *Inst. e. t.*

(*) Esta razon es enteramente estóica, pues los estóicos partieron de la hipótesis de que la naturaleza todo lo habia producido para el hombre, Cic. *de offic. lib.* 1. *cap.* 6. *de nat. deor. lib.* 2. *cap.* 62. *y sig. de finib. lib.* 3. *cap.* 20. La verdadera razon se encuentra en la *l.* 27. *pr. D. de hæred. petit.*

418. Por cuanto se ha de usar y gozar salva la substancia de las cosas, se sigue: 4.° que el usufructuario no puede alterarla ni aun dándola una *forma mejor*, *l.* 13. §. *penult. l.* 44. D. *e. t.*; 5.° que esté obligado á repararla, *l.* 7. § 2. 3. *l.* 64. D. *lug. cit.*; 6.° que use y go-

---

416. *Causal*) Se llama asi, porque va unido con lo que lo causa, esto es, con la propiedad, á diferencia del formal (del cual se trata en este título), que consiste en las cosas agenas. Hubero reprueba esta division. *Prælect. Inst. e. t.*, pero no debe desecharse por haberse introducido en el foro.

417. *Perciba*) Ya provengan de la cosa fructuaria, ya de sus accesiones; de suerte, que aumentado un fundo por aluvion pertenece al fructuario el usufructo de la parte aumentada, como enseña Ulpiano. L. 9. §. 4. *D. e. t.*

Arrendar) Y despedir al arrendatario á no pactarse otra cosa. L. 59. §. 1. *D. e. t.*

Al fin) Síguese de aqui que el propietario no puede imponer servidumbre al fundo fructuario. L. 15. §. *ult. l.* 16. *D. e. t.*, aunque lo consienta el usufructuario: *d. l.* 15. §. *ult.* acerca de lo cual controvierten los intérpretes. Hub. *Prælect. Pandect. de servit.* Bynkershoek. *Obs. lib.* 1. *cap.* 11.

* *La verdadera*) Pero esta razon no satisface á Bynkershoek, á quien merece consultarse. *Observ. l.* 5. *c.* 7.

418. *Forma mejor*) Asi es que no podrá formar una viña ó un jardin. Pero podrá hacer canteras y gredales, si no perjudica al cultivo del prédio; pues le es permitido mejorar la propiedad. L. 99. §. 5. *D. e. t.*

*

ce como buen padre de familia, §. 38. *Inst. de rer. divis.*; y 7.º que en virtud de la restitucion que ha de hacer, debe prestar caucion, á no ser que el usufructo sea constituido por la ley, *l.* 1. D. *usufr. quem adm. cav.* *l. ult.* §. 4. *C. de bon. quæ lib.*, de cuya caucion puede relevar el heredero, pero no el testador, *l.* 7. *ad leg. Falc.* *l.* 1. *C. e. t.*

419. Del mismo axioma se sigue: 8.º que el usufructo no puede consistir en las cosas fungibles, esto es, que se consumen con el uso, y que constan de número, peso y medida, pues no se ha de abusar, sino usar y gozar de ellas. Pero en tiempo de Tiberio se mandó por un senadoconsulto que pudiera constituirse no *verdadero*, sino *cuasi usufructo* del dinero y de otras cantidades (*), con tal que el cuasi usufructuario prestase caucion de que muerto ó padeciendo capitis diminucion, restituiria otra cosa del mismo género, cantidad y cualidad, §. 2. *Inst. de usufr.* *l.* 7. *l.* 8. D. *de usufr. earum rerum quæ usufr.* (*)

(*) ¿Tambien de los vestidos? El usufructo de estos se dice verdadero usufruto en la *l.* 15. §. 4. *D. e. t.*, y cuasi usufructo en el §. 2. *Inst. e. t.* Pero uno y otro puede constituirse, segun que el testador quiso que el legatario usase de los vestidos, haciendo su estimacion, ó no haciéndola. Noodt. *Prob. jur.* 2. 4.

420. Siendo asi, que se usa y goza de las cosas agenas, se sigue: 9.º que aquel que percibe las utilidades reporte tambien las cargas, y que por lo mismo el usufructuario pague los gravámenes y tributos anejos á la cosa, *l.* 7. §. 2. D. *de usufr.*

A repararla) Lo cual se ha de entender de aquellos reparos ligeros necesarios para conservar la propiedad; pero no á reparar, por ejemplo, una casa que se arruinase, L. 7. §. 2.

De familias) Por lo cual, el que tiene el usufructo de un ganado deberá reponer las cabezas que murieren con las que naciesen, ó sustituir otras en lugar de las inútiles; y el que el usufructo de un campo deberá sustituir las vides y árboles que se destruyeren con otros. L. 68. §. 5. L. 69. *y sig. D. e. t.*

Por la ley) Tambien cesa esta caucion si se concedió al fisco. L. 1. §. 18. *D. ut legat. vel fideic. serv. causs.*, si se legase el usufructo puramente y la propiedad desde cierto dia. L. 9. §. 2. *D. usuf. quæmad. cav.*; y finalmente, si alguno habiendo hecho donacion de sus bienes, se retuviese el usufructo. *Arg.* L. 28. *D. de Caution reg. jur.*

La caucion fructuaria se diferencia de la cuasi usufructuaria en que aquella la presta el usufructuario, y esta el cuasi usufructuario: por aquella se promete que el usufructuario usará la cosa á arbitrio de buen varon, y que restituirá la misma cosa concluido el usufructo; por esta se obliga á restituir, concluido el usufructo, una cosa del mismo género. ✿ Si el usufructuario no encontrase fiadores no deberá tener la posesion de la cosa, sino que la retendrá el heredero ó un tercero, quedando obligados á dar los frutos al usufructuario. Gall. *Obs.* 2. 47. ✿

Al fin) Conviene al usufructuario hacer inventario de la cosa para poder saber su deterioro, segun lo aconseja el derecho romano. L. 1. §. 4. *D. usuf. quæmad. cav.*

419. *Restituiria*) Por eso decian los jurisconsultos que en el usufructo verdadero permanecia salva la cosa fisicamente, y en el cuasi usufructo, solo jurídicamente, por la interposicion de caucion en que se asegura restituir una cosa del mismo género. ✿

420. *Al fin*) El usufructuario de todos los bienes tiene que pagar las deudas.

421. El usufructo se constituye: 1.º por la *ley*, tal es el que se da al padre en el peculio adventicio del hijo de familia (*), *l.* 6. *C. de bon. quæ lib.*, y al cónyuge que contrae segundas nupcias en los bienes que recibió del consorte difunto, *l.* 3. *l.* 5. y la *autent. sig. C. de sec. nupt.*; 2.º *por el juez* en los juicios divisorios, lo que debe hacerse rara vez, *l.* 6. §. 1. D. *e. t. l.* 6. 10. D. *comm. div. l.* 16. §. 1. D. *famil. ercisc.*; 3.º por el *dueño*, ya sea por última voluntad, ya por pactos y estipulaciones, é interviniendo cuasi tradicion, *l.* 11. *D. de servit. præd. rust.*, y ya por tácita voluntad, la cual se presume en virtud de la prescripcion de largo tiempo, *l. ult. al fin. C. de long. temp. præscript.*

(*) El padre tiene tambien en los bienes del emancipado la mitad del usufructo como premio de la emancipacion; *l.* 6. §. 3. *C. de bon. quæ lib.* §. 3. *Inst. per quas pers.*

422. Sirviendo en el usufructo el prédio á la persona, es claro: 1.º que este derecho se estingue por la muerte natural del usufructuario, §. 3. *Inst. e. t.*, ó por el transcurso de cien años si se concede á alguna ciudad, *l.* 56. *D. e. t.* 2.º Como la capitis diminucion máxima y media se comparan á la muerte, el usufructo tambien se acaba por ellas (*), §. 3. *Inst. de usufr. l.* 16. *pr.* §. 1. *sig. C. de usufr.*

(*) Antiguamente aun por la mínima, como dice Paulo, *Sent. rec. lib.* 3. *tit.* 6.; pero Justiniano abolió esto, *l. penult. C. e. t. Conf.* §. 1. *Inst. de adquis. per adrog.* Se juzga que si la ciudad ha sido arada tambien padece capitis diminucion, *l.* 21. *D. quib. mod. usufr. amitt.*

423. Como el usufructo es un derecho en cosa agena, se sigue: 3.º que tambien se acaba por la consolidacion, pues nadie puede usar y gozar de cosa propia; 4.º por la total destruccion de la cosa, en cuyo caso no queda ni aun en la area, *l.* 36. *pr. D.* §. 3. *Inst. e. t. l.* 30. *l.* 31. *D. quib. mod. usufr. amitt.*, y 5.º tambien por el no uso de

---

Donelo, *Comm. jur. civ. lib.* 10. *tit.* 13. y Hubero, *Prælect. jur. civ.*, opinan por la negativa. Y en efecto no debe pagarlas, porque el usufructuario no es sucesor universal, sino un mero legatario. Con respecto á los intereses no hay duda que debe satisfacerlos. *

422. *Natural*) Si se constituyó á favor del hijo de familias un usufructo por contemplacion de su padre, muerto el hijo, permanece en el padre; y al contrario, si se dejó mas por contemplacion del hijo que del padre. L. *ult. C. de usuf.*

Cien años) Pues si durase mas tiempo de ninguna utilidad seria la propiedad de las cosas.

423. *En la área*) Pues ya no es la misma cosa, aun cuando quede la área, porque se entiende que cambia su ser una cosa en el momento en que pierde su primer nombre. Pero revive el usufructo, si se reedifica la cosa en la misma forma que tenia. *Arg. l.* 23. *y* 26. *D. quib. mod. usufr. amitt.*

No uso) Y por el abuso? No se acabará, porque el propietario está asegurado por la caucion que prestó el usuario de que usaria y gozaria de la cosa á arbitrio de buen varon. L. 1. §. 5. y 6. *usufruct. quemadm. cav.*

diez años entre presentes, y veinte entre ausentes (413. 3.), *l. penult.* §. 1. *C. de usufr. l.* 13. *C. de servit.*

424. Finalmente, como el usufructo se constituye muchas veces por pactos y estipulaciones, se sigue: 6.º que se estingue acabado el derecho del que lo constituye, *l.* 16. *y* 19. *D. quib. mod. usufr. amitt.*; y 7.º por haber transcurrido el tiempo prefijado en la convencion, *l.* 5. *C. de usufr. l.* 15. *D. quib. mod. usufr. amitt.*

«Nuestras leyes de Partida no mencionan como medios de adqui»rirse el usufructo ni la autoridad del juez en las divisiones, ni la pres»cripcion. Se pierde por la muerte natural ó civil del usufructuario, »por estinguirse la cosa, por cumplirse el término porque se concedió, »por no uso, por la cesion de dicho derecho. *Ll.* 20. 24. *y* 25. *tit.* »31. *Part.* 3.

TITULO V.

Del uso y de la habitacion.

425. Hase tratado del usufructo: síguese el tratar del uso, otra especie de servidumbre personal. (392).

426. Teniendo mas derecho el que goza ó se usufructua de una cosa, que el que tiene su uso, puesto que aquel no solo disfruta de lo que produce la cosa y que necesita para sus necesidades, sino tambien de lo que es propio de su comodidad y placer (415.), facil es de inferir que el uso es: *el derecho de usar de las cosas agenas para satisfacer solamente las necesidades, conservando las mismas cosas*, §. 1. *Inst. e. t.*

427. De aqui se deduce: 1.º que del uso se saca menos provecho que del usufructo, §. 1. *Inst. e. t.*; 2.º que el uso está circunscripto á solo las necesidades diarias, *l.* 2. *pr. D. e. t.*

Entre ausentes) Esto es, con respecto á los cosas inmuebles; pues el usufructo de las muebles se pierde por el no uso de tres años, sin que obste la *ley* 19. *C. de servit.* V. Vin. *al* §. 3. *Inst. e. t.*

Al fin) Con tal que hubiere ocasion de usar de él; porque seria absurdo que se privase de su derecho á cualquiera por no usar de una cosa, cuando de ninguna manera le era posible usar de ella. ✿

424. *Constituye*) Si hubiese sucesor singular, que no sucede en todos los derechos del difunto; pues el heredero tiene que prestar todos los hechos de su antecesor. ✿

Prefijado) A no ser que muera antes el usufructuario; pues no se trasmite el usufructo á los herederos.

Al fin) Concluido el usufructo vuelve á unirse con la propiedad, á no ser que hubiese un colegatario conjunto á quien pueda acrecer aquel derecho. §. 4. *Inst. e. t. L.* 1. *pr. l.* 10. *D. de usuf. aderes.*

426. *Usar*) Asi es, que se aumenta ó disminuye el uso segun las necesidades del usuario, v. gr. podrá usar de pocas habitaciones cuando tenga poca familia, y de mas cuando se aumente. L. 2. §. 1. *D. e. t.* Y si se legó á dos el uso de una casa podrá suceder que uno pueda disfrutar de mas habitaciones que el otro. ✿

428. Infiérese de estos axiomas: 1.º que el que tiene el uso de una heredad solo debe tomar de las flores, frutas, yerbas, hortaliza, heno, maderas &c., lo que ha menester para sus necesidades, y no mas, §. 1. *Inst. e. t. l.* 10. §. 4. *l.* 11. *siguient. D. e. t.*; 2.º que el que tiene el uso de una casa puede habitarla segun sus necesidades, pero no le es permitido alquilarla, ni aun casi alojar huéspedes en ella, §. 2. *Inst. l.* 2. §. 1. *l.* 3. *siguient. D. e. t.;* 3.º que el usuario de ganados puede tomar la leche, lana y estiercol que necesitare, pero no el feto, §. 37. *Inst. de rer. divis.* lib. 12. §. 23. D. §. 4. *Inst. e. t.*; 4.º que el usuario ordinariamente no puede alquilar ni conceder gratuitamente á otros su derecho, §. 1. *Inst. l.* 12. §. 4. *l. penult. pr. D. e. t.*

429. La tercera especie de servidumbre personal es la *habitacion*, y se define: *derecho de habitar las cosas agenas salva su substancia. Habitar* es usar y gozar de las piezas de las casas destinadas á la habitacion.

430. Por tanto: 1.º el que tiene derecho de habitar no usa de las casas como el usuario, esto es, segun sus necesidades, sino que tiene

---

428. *Y no mas*) Asi lo deduce Triboniano de la sentencia de Nerva, *d.* §. 1. *Inst.;* pero esta es desechada por Ulpiano, Casio, Sabino, Labeon y Próculo, quienes juzgan que el usuario de un fundo puede tomar de todos sus productos lo necesario para vivir él y su familia, y especialmente si se dejó el uso por última voluntad, las cuales interpretaban los antiguos mas latamente. L. 12. §. 1. 2. *D. e. t. L.* 12. *D. de reg. jur.*

Ni aun casi alojar) Esta locucion es muy frecuente en derecho romano, y da á entender que fue objeto de controversia el punto á que se refiere, aprobándose por último la opinion que se espone. Asi, pues, es lícito recibir huéspedes, pero usando de este derecho con prudencia. *

Dudábase si la muger á quien se dejó el uso de una casa podia habitarla juntamente con su marido, y se determinó que sí pudiese, porque no se privase de cohabitar con él por usar de la casa. Asi, pues, no pierde la viuda que se casare el legado de uso de una casa, puesto que le es lícito habitar en ella con su marido y aun con su suegro. L. 4. §. 1. *D. e. t.*

Su derecho) A no ser que supiese el que concedia el uso que el usuario acostumbraba á alquilar las cosas que le daban en uso, pues entonces se concedió el usufructo con la intencion de que pudiera alquilarlas el usuario, como si se legase á un cochero el uso de varios caballos, pues de lo contrario fuera inútil el uso que se concedió, L. 12. §. 4. *D. e. t. Knorio.*

Al fin) Facil es de inferir que el usuario no está obligado á reparar las cosas que tiene en uso, á no ser que el uso de ellas absorva toda su utilidad. L. 18. *D. e. t.*

429. *Habitacion*) Cuestionaban los antiguos qué se contenia en el legado de habitacion, si el uso ó el usufructo, cuestion que disolvió Justiniano estableciendo, que la habitacion fuese un derecho propio. L. 13. *c. de usuf.* (*a*)

(*a*) El derecho que conferia el legado de habitacion se diferenciaba del que atribuia el uso de una casa en que este se estinguia asi como el usufructo por la *capitis* diminucion mínima, mas no el derecho de habitacion, porque no se consideraba como un derecho único, sino al contrario, como un derecho cotidiano ó que se renovaba cada dia. Asi, pues, cada dia gozaba el legatario un derecho nuevo cuya sucesion continuaba ya hasta su muerte ó hasta su capitis diminucion máxima ó media. Tal parece haber sido, segun Modestino (*fr.* 10. *de cap. dim.*), la razon de una diferencia que cesa desde que Justiniano declaró la mínima capitis diminucion insuficiente para estinguir el usufructo y el uso. (V. Vinio.) Ademas esta misma razon puede esplicar tambien otra diferencia que no ha suprimido Justiniano, á saber: que la habitacion no se pierde por el no uso. (Ulp. *fr.* 10.) (*Nota del Traductor.*)

todo el goce de todas las piezas destinadas á la habitacion, *l.* 13. *C. de usufr.*; 2.º que puede alquilar las casas para que se habiten, §. 5. *Inst. e. t. l.* 13. *C. de usufr.*; 3.º que percibe el usufructo de la parte de las casas destinada á la habitacion, pero no de las bodegas, huertas, baños, &c.

431. El derecho de habitacion se acaba de los mismos modos que el usufructo y el uso (422.), escepto por la capitis diminucion y por el no uso. Es muy sutil la razon de diferencia que da Modestino en la *l.* 10. *D. capit. minut.*, pues se funda en que la habitacion *consiste mas bien en hecho que en derecho.*

432. La cuarta especie de servidumbre personal son *las obras de los siervos, las cuales son el derecho de percibir toda la utilidad de las obras de un siervo ageno*, *l.* 3. *D. de oper. serv.*

433. Asi pues: 1.º hay menos derechos en la servidumbre de obras que en el usufructo del siervo, pues el usufructuario no solamente toma lo que el siervo adquiere con su trabajo, sino tambien lo que por medio de sus bienes, esto es, del usufructuario; mas aquel á quien se legan las obras no adquiere del siervo otra cosa que dichas obras, §. 4. *Inst. per quas pers. cuique adquir.* En la servidumbre de las obras hay mas derechos que en el uso, pues en aquella ni se circunscriben á las meras necesidades, ni hay prohibicion de alquilarlas, *l.* 2. *D. de usu legat.*

434. «Las diferencias que se advierten entre nuestro derecho y el »romano son: con respecto á las cargas del usuario, solamente le im»ponen la de prestar caucion; pero no las de reparar la cosa, ni las »de pagar censos ni contribuciones, á no ser que llegasen á consu»mir todos los frutos que la cosa produzca. *L.* 22. *tit.* 31. *part.* 3. »Acerca del derecho de habitacion, y con respecto á los modos de »perderse, solo mencionan nuestras leyes dos modos; la muerte y la »renuncia ó cesion. *L. ult. del tit. cit.*»

TITULO VI.

De las usucapiones y prescripciones de largo tiempo.

435. Hase tratado de los modos de adquirir por derecho de gentes (341. y sig.). Justiniano principia á tratar de los civiles, los cuales son, ó *universales*, por los que *se nos transfiere el derecho universal de*

---

431. *En derecho*) Se comprenderá mejor esta razon si se añade, *que consiste mas bien en hecho que en derecho quiritario;* pues los derechos que competian no solamente á los ciudadanos romanos, sino tambien á los peregrinos, se decian consistir mas bien en hecho que en derecho. Asi era, que como los peregrinos podian habitar de hecho en Roma, no habia fundamento para que espirase el derecho de habitacion por la capitis diminucion, y no podia estinguirse la habitacion por el no uso, porque la usucapion era de derecho quiritario.

otro, *ó singulares*, por los que *adquirimos el dominio de una cosa singular*, §. *ult. Inst. per quas pers. cuique adquir.*

436. Los *universales* son seis (*): 1.° la *adquisicion de la herencia*; 2.° la *posesion de bienes*; 3.° la adquisicion por *arrogacion*; 4.° la *entrega de los bienes para conservar la libertad*; 5.° la adquisicion por medio de la *seccion de bienes*; y 6.° por el *senadoconsulto Claudiano*. Del primer modo se tratará desde el *título* 10. de este libro hasta el *título* 19. y principio del tercer libro, y del 2.° 3.° 4.° 5.° y 6.° en los *títulos* 10. 11. 12. y 13. del libro tercero.

(*) Hubo tambien otros muchos, como la *sucesion del fisco en los bienes de los condenados* á perderlos y en los bienes vacantes, *l.* 1. *D. de jur. fisc.*; *la entrada en monasterio, Nov.* 5. *cap.* 4., *el pasar la muger á la potestad del marido, Cic. Topic. cap.* 4.

437. Los singulares son cuatro: 1.° *usucapion*; 2.° *donacion*; 3.° *legado*; 4.° *fideicomiso singular*.

438. *Usucapion* es *agregacion* (adiectio), ó como dice Ulp. *Fragm. tit.* 19. §. 8. é Isid. *Orig.* 5. 25., *adquisicion adeptiva de dominio por continuacion de posesion por el tiempo prescrito por la ley*, *l.* 3. D. *e. t.* Mas la *prescripcion* de largo tiempo era una *escepcion por la cual el que poseia una cosa por largo tiempo, se defendia contra el dueño de ella*. Por tanto la usucapion y la prescripcion se diferenciaron antiguamente. Esta no producia dominio quiritário y civil, sino escepcion y dominio bonitario, y por lo mismo tambien tenia lugar en las cosas incorporales y prédios provinciales, pues parece que los emperadores la establecieron para suplir á la usucapion, §. 2. *Inst. e. t.* Aquella requeria un año de posesion en las cosas muebles y dos en las inmuebles; mas esta diez entre presentes y veinte entre ausentes. Pero habiendo abolido Justiniano aquella diferencia, reunió en un solo modo de adquirir la usucapion y la prescripcion de largo tiempo, *l. unic. C. de usucap. transform.*, reservando para ciertos casos la prescripcion de larguísimo tiempo.

439. Siendo la usucapion adquisicion de dominio, 1.° es necesario que se funde en alguna base. Esta es la presuncion de que el dueño que no ha vindicado la cosa en tanto tiempo, se supone que ha querido re-

---

435. *Adquirimos*) Luego el que adquiere por título universal está obligado á todo aquello á que lo estaba su antecesor, y aun á pagar las deudas; al contrario el que adquiere por título singular. *

437. *Donacion*) Hoy se niega que la donacion sea modo de adquirir; pues no nace de ella derecho en la cosa, sino solamente derecho á la cosa, á no ser que se siga la tradicion. En tiempo de Cayo, la donacion era modo de adquirir, porque tenia que entregarse inmediatamente la cosa donada. * *Véase el* §. 454.

438. *Adepcio*) Es mas propia la palabra *adiectio*, agregacion, porque espresa mejor el espíritu de la ley, supuesto que el dominio nos lo da la misma ley, se nos agrega *ipso jure*, ignorándolo nosotros.

439. *Renunciar*) Pues aunque falte el ánimo ó intencion para hacerlo, las leyes presumen que existe por la negligencia del dueño que no vindicó su cosa en el tiempo

nunciar para siempre á su dominio, cediéndola al poseedor, Groc. *derecho de guerra y paz, lib.* 2. *cap.* 4. §. 318. *y sig.*

440. Síguese del mismo principio; 2.° que pueden usucapirse las cosas que pueden adquirirse; mas no las exentas del comercio de los hombres, *l.* 9. D. *e. t.*, ni las viciosamente poseidas, §. 2. y 5. *Inst. lug. cit.*, ni otras varias cuya usucapion está prohibida por ley especial, como las cosas dominicas, las del fisco, de las iglesias, de los pupilos y menores, y otras cuya enagenacion está prohibido por ley ó por testamento, *tit. C. ne rei domin. l.* 23. *C. de SS. eccles. l.* 3. *C. quib. non obst. long. temp. præscript. l.* 12. *y* 24. D. *e. t.*; 3.° que la usucapion solamente tiene lugar en las cosas corporales (*), *l.* 14. *pr.* D. *de servit. l.* 43. §. 1. D. *de adquir. rer. dom.*, porque las incorporales ni estan en el dominio, ni propiamente pueden poseerse, *l.* 3. *pr.* D. *de adq. poss.*; pero como se cuasi poseen, y se cuentan entre los bienes, se sigue que pueden *cuasi usucapirse* ó *prescribirse, l. ult. C. de long. temp. præscript.*

(*) De aqui nace la ley Scribonia, pues habiendo introducido los antiguos intérpretes del derecho la usucapion de las servidumbres contra los principios del derecho civil, Cic. *pro Cæcin. cap.* 26., la ley Scribonia prohibió poco despues la usucapion de ellas, *l.* 4. §. *ult. D. de usucap.* Mas el pretor favoreció despues á los que poseian por largo tiempo las servidumbres, sin hacer fuerza, sin ocultarse, ni por precario, *l.* 10. *D. si servit. vind.* Finalmente, Justiniano admitió la prescripcion de ellas, *l. ult. C. de long. temp. præscript.*, de lo que tambien aparece que aqui no se requiere ni la buena fe, ni el justo título, ni el conocimiento del dueño de la cosa que se prescribe. Jac. Hub. *Obs. rer. jud. obs.* 13. Pagenst. *Aphor. jur. p.* 119.

441. Como la usucapion era un modo civil de adquirir, se siguió: 4.° que solamente se verificase entre los ciudadanos romanos. Los peregrinos nunca usucapian en razon de que una ley de las doce tablas dió

---

prefijado; pero si hubiere justa causa que le impidiera vindicarla, las leyes le conceden restitucion, rescindiendo la usucapion. *Knorio.* Esta presuncion de la ley se funda tambien en que conviene al Estado fijar los dominios de las cosas. Por esto Cic. en su orat. *pro Cæcina, cap.* 5., llama á la usucapion *fin de las molestias y peligros de los pleitos.* Este modo de adquirir se ve adoptado hasta en la sagrada Escritura. *Judic. cap.* 2. *v.* 26. ° Otros autores esponen varios fundamentos que demuestran la utilidad y equidad de la usucapion. Otton, *Præf. ad Thesaur. jur. civ.*

440. *Con mala fe*) Esto es, las furtivas é invadidas por fuerza; pues se tiene por viciosa toda posesion adquirida por *fuerza, ocultamente,* ó á *ruego* (*precario*). °

De los pupilos) Debe distinguirse con Irnerio y Cujacio, que no se pueden usucapir las cosas inmuebles del pupilo. *L.* 48. *D. de adquir. rer. dom.* Ni tampoco prescribirse por largo tiempo. *L.* 3. *C.* de *præscript.* 30. *vel* 40. *annor.* Pero podrán usucapirse las cosas muebles. Arg. *L.* 4. §. 11. *D. de usurpat. & usucap. L.* 7. §. 3. *D. pro emtor.* Cujac. *Obs. lib.* 24. *cap.* 14.

Cuasi usucapirse) Mas no para adquirir su dominio, pues las cosas incorporales no pueden de ningun modo estar en el dominio; sino para escluir á otro del derecho de obrar como dueño, pues en cuanto este entabla la accion negatoria, le opongo la escepcion de prescripcion con la que estoy seguro de no perder la cosa. °

441. *Peregrino*) A no ser que se le hubiese dado el derecho de contratar. Merill. *Obs. lib.* 6. *cap.* 17.

al dueño de la cosa la facultad de vindicarla de ellos, *cap.* 16., en cualquier tiempo, *adversus hostem æterna auctoritas esto.* Macrob. Saturn. *lib.* 1.; pero esto casi no se usa despues que se concedió la ciudadania á todos los ingénuos que habitaban en Roma. Siguióse tambien que produjese dominio quiritario, Ulpian. *Fragm. tit.* 19. §. 7., y que por lo mismo solamente tuviese lugar en todas las cosas muebles (330. *), *l. un. C. de usucap. transform.*; pero no en las inmuebles, á no ser que estuviesen situadas en Italia. Mas esto tambien se alteró despues que fue abolida por Justiniano la diferencia entre cosas *mancipi* y *no mancipi*, y entre el dominio quiritario y bonitario (336.), *l. unic. C. de nud. jur. quir. toll.*

442. Los requisitos de la usucapion y prescripcion de largo tiempo aparecen de la misma definicion. Sin ellos no puede usucapirse; y son los siguientes: 1.º *buena fe*, la cual consiste en *la opinion en que está el poseedor de que es dueño de la cosa* (376.), *pr. Inst. e. t. l.* 109. D. *de verb. sign.* Por derecho romano basta tener buena fe al principio (*), pues la mala que sobreviene no perjudica al poseedor, *l.* 48. §. 1. D. *de adquir. rer. dom. l. un. C. de usucap. transform*; mas por derecho canónico se exige la buena fe continua, *cap. x. fin. præscript.*

(*) No sucede asi en la percepcion de frutos, en la cual es menester que la buena fe nunca sea interrumpida, *l.* 23. §. 1. *D. de adquir. rer. dom.*

443. No tiene tampoco lugar la usucapion sino hubiese: 2.º *justo título*, ó *causa hábil para transferir dominio* (376.), §. 5. *Inst. per quas pers. cuique adquir. l.* 24. *C. de rei vind.* De aqui es que no basta la opinion errónea de justo título (*), *l.* 27. D. *e. t.* §. 6. *Inst. e. t.*, á

Auctoritas) Por la palabra *hostem* se entiende aqui el peregrino; pues los antiguos significaban á los que nosotros llamamos enemigos, *hostes*, con la palabra *perduellem*. V. Parci Lexic. *erit vos hostis.* *

Casi no se usa) Aun despues de la constitucion de Antonino Caracalla, se acostumbró á comunicar con los peregrinos y bárbaros el derecho de herencia y de usucapion, como enseña Heinecio. *Antiq. Rom. e. t.*

En Italia) Pues no podia adquirir un particular la propiedad de los fundos provinciales, sino solamente el pueblo romano; y por eso no tenia lugar en estos bienes la usucapion; pero sí la prescripcion de largo tiempo. Consúltese á Heinecio. *Antiq. Rom. e. t. n.* 2.

442. *Exige*) Y asi está recibido en la práctica. Por esto se dice que uno está en mala fe desde el momento en que por la contestacion del pleito sabe que la cosa es agena. *

* *Interrumpida*) Pues los frutos nacen y se perciben en un espacio de tiempo continuo; por lo que la buena fe debe ser continua.

443. *Opinion errónea*) Como si alguno poseyese una cosa creyendo que la habia comprado, y no fuese asi.

Título) Por lo que, no es título suficiente para la usucapion la donacion entre cónyuges. *L.* 1. §. 2. *D. pro donat.*, á no ser que se hubiese dado una cosa agena por el cónyuge. *L.* 25. *D. de donat. inter vir & uxor.* *

Justo) Como si se funda en un hecho ageno. Si un heredero nos entregase una cosa diciendo que nos la legó el testador, y nosotros asi lo creyesemos, aun cuando no hubiese sido legada, tendrá lugar la usucapion. *L.* 3. *D. pro suo*, y 48. *D. e. t.*

*

no ser que el error sea justo, *l.* 11. *l.* 14. D. *pro empt.*; ni el contrato simulado ó fingido, *l.* 1. *C. plus val. quod agit.*; ni el título revocable, como la donacion *mortis causa* (*por temor de la muerte*), *l.* 13. *pr.* D. *de mort. causs. donat.*

(*) No transfiriéndose el dominio sin justo título aun cuando la cosa sea entregada por el dueño, es claro que mucho menos lo adquirirá aquel que sin ningun justo título anterior recibe la cosa del que no es dueño, *l.* 31. *D. de adquir. rer. dom.*

444. Es necesario tambien: 3.° *que la cosa sea capaz de prescribirse.* De aqui se sigue que no pueden usucapirse las cosas cuya enagenacion se prohibe, ni las hurtadas ó poseidas por fuerza, á causa del vicio que les es inherente, y que acompaña á los poseedores, á menos que este se purgue volviendo las cosas á su antiguo dueño, §. 3. *Inst. e. t. l.* 84. D. *de furt. l.* 4. §. 6. *y* 12. *sig.* D. *e. t. l.* 6. *C. pro empt.*

445. Debe poseerse la cosa: 4.° por el *tiempo definido por la ley*, el cual fue antiguamente un año en las cosas muebles, y dos en las inmuebles, *pr. Inst. e. t.* Ulp. *Fragm. t.* 19. §. 8.; mas por derecho nuevo se requieren tres años en las muebles, diez entre presentes y veinte entre ausentes (*) en las inmuebles, *l. unic. C. de usucap. transf. pr. Inst. e. t.*

(*) Si se posee con buena fe y justo título la cosa de un dueño que está presente parte del tiempo, y parte ausente, es necesario que se dupliquen los años de la ausencia, ó lo que es lo mismo, á los diez años en que se habria de prescribir la cosa entre presentes, se añadirán tantos cuantos estuvo ausente el dueño de ella en el espacio de dichos diez años, *Nov.* 119. *cap.* 8.

446. Finalmente, se requiere: 5.° *posesion continua*, y no solamente la *natural*, sino tambien la *civil*, esto es, con intencion de adquirir el dominio de la cosa, *l.* 25. D. *de usucapion.* El sucesor continua en la posesion de su causante: si es sucesor universal, y el difunto empezó á poseer la cosa con buena fe, nada importa que él la tenga buena ó mala, §. 7. *Inst. e. t.*; mas si es sucesor singular, solamente usucape en el caso que tanto él como su causante (*) tengan buena fe, *l.* 13. §. *ult.* D. *de adquir. possess.*

---

444. *Poseidas por fuerza)* Cuando se dice cosas furtivas se ha de entender que se habla de las muebles; cuando poseidas por fuerza, de las inmuebles.

445. *Por derecho nuevo)* Lo dispuso asi Justiniano para que no se privase al dueño tan pronto de sus cosas.

Tres años) Continuos sin distincion entre presentes ó ausentes.

446. *Natural)* Por lo que el comodatario, el depositario, el acreedor que tiene prenda de su deudor, el usufructuario y el usuario, que tienen en la cosa posesion natural, no pueden usucapirlas.

Empezó) Asi por derecho romano, porque segun él no perjudica la mala fe que sobreviene despues de principiar á poseer la cosa, como se dijo en el §. 442. Pero por derecho canónico se exije buena fe continua.

(*) Si el sucesor singular tuviese buena fe, no le perjudica la mala fe del causante, y empieza desde si mismo la usucapion, *l.* 5. *D. de divers. et temp. præscr. l.* 1. *C. de præscr. long. temp.* Pero la mala fe del difunto siempre daña al sucesor universal; de suerte que la prescripcion no puede empezar en su persona, *l.* 11. *C. de adquir. possess.*, porque el heredero sucede en todos los derechos del difunto, y por consiguiente tambien en sus vicios, *l.* 11. *D. de divers. et temp. præscript.*

447. De aqui se sigue que si la usucapion se interrumpe ó natural ó civilmente (lo que llama el derecho *usurpacion*, *l.* 2. D. *e. t.*), el solo transcurso del tiempo no aprovecha, *l.* 2. *C. de long. temp. præscript.* La *usurpacion natural* se hace lanzando á alguno de la posesion, *l.* 5. D. *e. t. l.* 15. D. *de adquir. vel amitt. possess.* La *civil*, por medio de un acto judicial, y hoy por citacion del contrario, ó por presentacion del libelo (*), *l. penult. y ult. C. de ann. except.*

(*) Pero si se hubiere seguido sentencia absolutoria, la posesion se continua aun pendiente el pleito, y sirve para completar la usucapion, *l.* 2. *D. pro dom. l.* 1. *l.* 9. *C. de præscr. long. temp.* Es singular el privilegio del fisco y de las cosas dominicas, pues el que compra del fisco goza desde el momento de seguridad, y el fisco mismo no puede ser reconvenido despues de cuatro años, *l.* 2. *y ult. C. de quadrien. præscript.* §. *ult Inst. e. t.*

448. Hasta aqui se ha tratado de la usucapion, la que Justiniano equiparó á la prescripcion de largo tiempo. Esta se diferencia de la prescripcion de *larguísimo tiempo* y de la *inmemorial*, las cuales se admiten en subsidio cuando no tiene lugar la usucapion ó prescripcion ordinaria.

449. La prescripcion de *larguísimo tiempo* es de treinta, de cuarenta, y de cien años.

450. Por *treinta años* se prescriben: 1.° las acciones personales, *l.* 3. *C. de præscr.* 30. *vel* 40. *annor.*; 2.° las cosas que el antecesor no pudo prescribir por vicio de la cosa, por mala fe, ó por falta de justo título, como son las viciosas poseidas de buena fe, *l.* 8. §. 1. *C. lug. cit.*; 3.° los bienes de los menores, *l.* 3. *C. quib. long. temp. præscr. non*

---

447. *Libelo)* Con tal que le siga la citacion, pues desde entonces se constituye el poseedor en mala fe, y se interrumpe la posesion, aun cuando tenga lugar poco tiempo antes de cumplirse la usucapion. *

Al fin) Añádase á estos otro antiguo modo civil de interrumpir la posesion, esto es, por cortar una rama de los árboles en señal de posesion, como dice Ciceron, asi como se adquiria por plantar un árbol ó estaca en el lugar cuya posesion se pretendia. Brisson. de *formul. lib.* 5. *cap.* 21. §. 448. *En subsidio.* Es pues regla general: las cosas que no podemos usucapir, ó prescribir por largo tiempo, podemos prescribirlas por larguísimo tiempo. Asi v. gr., un tercer poseedor de buena fe no puede usucapir las cosas furtivas por el vicio que las acompaña, pero puede prescribirlas por larguísimo tiempo. *

450. *Personales*) Pero no todas. *V. el* §. 1270 *y sig.*

Por mala fe) En el dia se exije tambien en la prescripcion de larguísimo tiempo la buena fe segun los principios del derecho canónico; *cap. ult. D. de præscript.*, la cual se presume mientras no se prueba lo contrario. *

obst.; 4.° los adventicios de los hijos de familia, *Nov.* 122. *cap.* 24.; 5.° las cosas enagenadas por un poseedor de mala fe, con tal que el actual poseedor la tenga buena, *Nov.* 131. *cap.* 6.

451. Se prescriben por *cuarenta años* las cosas fiscales, *l.* 4. *C. de præscr.* 30. *vel* 40. *annor.*; las patrimoniales del príncipe, *l. fin C. de fund. patrim.*; 6.° los bienes inmuebles de las iglesias, *l.* 24. *C. de SS. eccles. Nov.* 111. *cap.* 1. *Nov.* 131. *cap.* 6., y por interpretacion de los doctores, las cosas inmuebles de las ciudades, las cuales dicen ellos que gozan del mismo derecho que las iglesias; y finalmente, 7.° el derecho de hipoteca, si el mismo deudor posee la cosa que se dió en hipoteca, *l.* 7. §. 1. *C. de præsc.* 30. *vel* 40. *annor. l.* 1. §. 1. *C. de ann. except.*

452. Se prescriben por *cien años* las cosas de la iglesia romana, la cual es la única que goza de este privilegio de cien años, *Auth. Quas Actiones*, *C. de SS. eccles.*

453. Llámase *prescripcion inmemorial* aquella de que no existe memoria en contrario, *l.* 2. §. 1. 7. D. *l.* 23. §. 2. D. *de aqua et aq. pluv. arc.* Por ella se adquieren las regalías, las inmunidades de tributos, y otras cosas semejantes, bien que esto raras veces tiene lugar contra el príncipe, *l.* 6. *C. de præscr.* 30. *vel* 40. *annor.*, y nunca en las cosas inherentes á la soberanía (*domanialia*), *cap.* 33. *X. de jurejur.*

«Nuestras leyes siguen sobre prescripcion las disposiciones del de»recho romano, prefiriendo las de las novelas al derecho antiguo y al »nuevo. Sin embargo, prescríbense por treinta años las cosas de los »púberes: y el poseedor de buena fe, aunque con justo título, ad»quiere por treinta años la facultad de retener la cosa y de vindicarla de

---

Las cosas adventicias) Si fuesen enagenadas por el padre contra la ley que se lo prohibe.

Por un poseedor) Distíngase con Cujacio, si la cosa que el vendedor posee con mala fe, esto es, no ignorando que es agena, mas no por fuerza fue vendida y entregada á un comprador de buena fe, sabiéndolo su dueño, ó si ignorándolo: en el primer caso basta la prescripcion de largo tiempo, en el segundo, es necesaria la prescripcion de treinta años. *Nov.* 119. *cap.* 7.

451. *Las cosas fiscales*) Los bienes vacantes se usucapian antiguamente en un año si eran muebles, y en dos si inmuebles, y se prescribian por el que no tenia los requisitos de la usucapion, en cuatro años. Unida ya la usucapion con la prescripcion, tiene lugar la prescripcion ordinaria de tres ó de diez años en los bienes vacantes contra el fisco, lo mismo que contra los particulares en los demas bienes. §. 4. *Inst. e. t.* y alli Vinn.

Por interpretacion de los doctores) Esto se halla destituido de fundamento, porque los privilegios no admiten interpretacion estensiva, por lo que se dice muy bien que no deben traerse á ejemplo. *L.* 1. §. 2. *de const. princ.* ✠

Posee la cosa) Pues poseyéndola un tercero, si tuviese mala fe, dura esta accion treinta años, y si buena, diez entre presentes y veinte entre ausentes. ✠

453. *Memoria*) No se exige ningun espacio de tiempo, sino que basta probar, que la cosa estuvo siempre en aquel estado, y que no hay memoria de que la poseyese otra persona, lo cual suele probarse por testigos ancianos. ✠

Domanialia) Llámanse asi los bienes que se dicen asignados al reino ó á la corona, para sostener su brillo y dignidad.

»cualquiera que no probase su dominio á su favor. *l.* 21. *tit.* 29. §. *ult.* »3. *y* 9. *tit.* 19. *part.* 6. El sucesor puede continuar la prescripcion »de su antecesor, sin diferencia de si es sucesor universal ó singular, »siempre que ambos tengan buena fe; mas para comenzar la prescrip- »cion por sí mismos no les daña la mala fe de su antecesor, *l.* 16. *tit.* »29. *part.* 3.»

TITULO VII.

De las donaciones.

454. Otro modo de derecho civil de adquirir el dominio es la donacion. (437.) Hoy no es un modo, sino un título de adquirir dominio; y mas bien fue introducida por el derecho de gentes que por el civil (439.), á no ser que se refiera á las donaciones que se hacen por temor de la muerte y por nupcias, Huber. *prælec. á la Inst. e. t.* §. 1. Pero seguiremos el orden de Justiniano, quien parece que imitó á Cayo. (*) Vinn. *Comm. e. t.*

(*) En tiempo de Cayo la donacion se consideró absolutamente como modo de adquirir dominio, porque no se entendia hecha sin tradicion, y segun la ley Cincia debia mediar *æs et libram* (moneda y balanza), lo que se varió poco á poco por las constituciones.

455. La donacion se define: *liberalidad hecha á otro que la recibe, no habiendo obligacion de hacerla.* Es ó *mortis causa* (*por temor de la muerte*), ó *inter vivos* (*entre vivos*), *pr. Inst. e. t.*

456. Donacion *entre vivos es la que se hace sin consideracion á la muerte.* Donacion *mortis causa* es la *que se hace por temor ó con reminiscencia de la muerte*, ya sea que amenace peligro, ya sea que el donante piense en su muerte, *l.* 2. *sig. D. de donat. mort. caus.* Aquella es un *pacto;* esta fluctúa en cierto modo entre los *pactos* y las *últimas voluntades.*

457. Infiérese de aqui: 1.° que una y otra donacion puede hacerse por el dueño; pero la *entre vivos* por el que tiene la libre administra-

---

455. *Entre vivos)* Diferéncianse en el efecto, á que debemos atender principalmente: la donacion entre vivos transfiere el dominio inmediatamente, y ademas es irrevocable; no asi la por causa de muerte: de suerte que aunque se haga mencion de la muerte, si se transfiere en el acto el dominio, se entiende que se hizo donacion entre vivos. ✪

456. *Es pacto)* Y legítimo, si se hace con palabras de presente, pero no si para lo futuro: de lo contrario seria pacto nulo, del cual no nace obligacion por derecho civil. Vinn. á la *Inst. e. t. n.* 2.

Fluctua) Conviene con el pacto en que no se entiende tal donacion si no hay aceptacion; y es semejante á las últimas voluntades, ya porque se requiere que intervengan cinco testigos, y ya tambien porque puede variarse la voluntad del donante hasta la muerte; por esto se dice en el §. 1. de la *Inst. e. t.*, que esta donacion es casi semejante al legado. ✪ Conviene con los legados en otras muchas cosas que pueden verse en Hein. *Pand. tit. de mort. caust. donat.* §. 134.



cion de sus bienes, §. 40. *Inst. de rer. divis. l.* 11. *C. mand.*; y la *mortis causa* por el que puede testar, *l.* 15. *D. de mort. caus. don.*, y aun por el hijo de familia, si el padre se lo permite, *l.* 25. §. 1. *D. lug. cit.*

458. Por tanto: 2.° puede donarse entre vivos á todos los que aceptan la donacion, Cic. *topic. cap.* 8., con tal que no obste la unidad de persona, por lo que no vale la donacion entre padres é hijos, *l.* 1. §. 1. *D. pro donat.* (139.); ni tampoco entre los consortes (*), *tit. D. de donat. inter vir. et uxor.* Mas la donacion *mortis causa* puede hacerse á todos aquellos á quienes puede dejarse legados, *l.* 35. *pr. D. de mort. caus. don.* §. 24. *Inst. tit. de legat.*

(*) La razon de esto se ha de buscar en el derecho antiguo, segun el cual las mugeres se consideraron respecto del marido como herederas suyas é hijas de familia (146. *); y asi como entre estos y el padre no podia haber donacion, asi tampoco entre el marido y la muger. Pero despues que se abolieron los enormes derechos que aquel tenia sobre esta, y que sin embargo las donaciones entre los consortes quedaron prohibidas por la oracion de Antonio Caracalla, *l. pr.* 3. *D. de donat. int. vir. et uxor.*, los jurisconsultos empezaron á inventar otras razones, á saber, para que no se despojasen mútuamente los consortes con el amor recíproco; para que se esmerasen mas en la educacion de sus hijos; para que los matrimonios no fuesen objeto de especulacion, y otras semejantes, *l.* 1. *l.* 2. *D. de donat. inter vir. et uxor.*

459. Del mismo axioma se deduce: 3.° que pueden donarse asi *entre vivos* como *mortis causa* todas las cosas que estan en el comercio, aunque sean incorporales, *l.* 9. *pr. l.* 27. *l.* 28. *D. e. t.*; las agenas con tal que puedan usucapirse, *l.* 9. §. *ult. l.* 18. §. *ult. D. pro donat.*, §. 4. *Inst. de legat. l.* 13. *pr. D. de mort. caus. donat.*, y finalmente todos los bienes presentes y futuros, *l.* 35. §. 4. *C. e. t.*

---

457. *Lo permite)* Y no obstante el hijo de familia no puede hacer testamento aunque se lo permita el padre. La razon de esta diferencia consiste en que la testamentificacion es de derecho público, acerca del cual no puede dispensar el padre; mas permitiéndole que haga donacion, solamente renuncia un derecho introducido en su favor. *

458. *E hijos)* Sin embargo el padre puede hacer donacion de cosas muebles al hijo que partió para la milicia. *L.* 4. *C. fam. ercisc.*, y tambien puede donarle por causa de sus estudios. §. 475.

Entre los cónyuges) Son tantas las escepciones que hay á esta regla, que como observa Gundlingio, casi la destruyen. En primer lugar, dicha regla no habla de las donaciones de los cónyuges en que el donante no se hace mas pobre, ó el donatario no se hace mas rico (a), ni de las que se hacen por causa de conmiseracion, de remuneracion, de honor ó de necesidad, ni de las hechas por el imperante á la reina. *L.* 5. §. 13. *y sig.* 7. §. 1. *y sig.* 14. 40. *y sig. D. y ley* 26. *C. de donat. inter vir.* Ademas muchas donaciones que no son válidas se confirman con la muerte del donante, que no se arrepintió de ellas. V. las leyes 25 y 29. *C. tit. cit.*

(a) Se dice que no se hace mas pobre el donante cuando nada da de su propio patrimonio, esto es, cuando deja de adquirir por beneficiar al donatario; v. gr. si repudia una herencia ó un legado. Se dice no hacerse mas rico el donatario cuando la donacion solamente le procura algun honor ó tiene otro objeto de esta naturaleza; de suerte que el donatario no aumenta su patrimonio, aun cuando el donante disminuya el suyo por hacer la donacion. *L.* 5. §. 16. *D. de donat. inter vir et uxor.* (*Nota del Trad.*)

460. Mas á pesar de esto todavia se diferencian las donaciones *entre vivos* y *mortis causa*: 1.º en que aquella puede hacerse con el solo consentimiento; esta delante de cinco testigos á lo menos, *l. ult.* §. *fin. C. de Codicill.*; 2.º en aquella se debe insinuar si pasa de quinientos sueldos, *l.* 36. §. *ult. C.* §. 2. *Inst. e. t.*; esta no necesita de insinuacion, *l. ult. C. de mort. caus. donat.*; 3.º aquella es irrevocable por su naturaleza; esta es revocable, §. 1. *Inst. e. t. l.* 2. *l.* 29. *D. de mort. caus. donat.*; 4.º aquella transfiere dominio por medio de la tradicion, §. 40. *Inst. de rer. divis.* (339. **); esta aun sin tradicion, *l.* 2. *D. de public. in rem act.*, con tal que haya muerto el donante, y no se haya arrepentido de la donacion, §. 1. *Inst. e. t. l.* 16. *l.* 30. *D. de mort. caus. donat*; 5.º que en aquella tiene lugar el beneficio de competencia, *l.* 12. *l.* 33. *D. e. t.*; en esta el de la cuárta Falcidia, *l.* 2. *C. de mort. caus. don.*

461. Por tanto, la cosa donada entre vivos, y aun no entregada, se pide con la accion *ex stipulatu*, si precede estipulacion, *pr. Inst. de verb. obl.*, y si pacto, con la *condicion de la ley* 35. §. 4. 5. *C. e. t.* El donatario á quien se dona *mortis causa* tiene las mismas acciones que el legatario, á saber; la vindicacion de la cosa, la accion hipotecaria, y la personal del testamento, *l.* 1. *D. comm. leg.* §. 2. *Inst. de leg.*

462. Aunque la donacion entre vivos es irrevocable por su naturaleza, se rescinde sin embargo: 1.º en cuanto es inoficiosa, *l.* 5. *l.* 7.

---

460. *Si pasa*) Se dice que se insinua la donacion cuando el escrito en que consta la liberalidad se hace público y se inserta en los actos del magistrado. Primeramente se prohibia por la ley Cincia que no se pudiera hacer donacion en mas de cierta cantidad, á no ser que se donase á varias personas juntas. Abolida la ley Cincia, mandó Teodosio que se insinuase toda donacion que escediera de 200 áureos, y posteriormente Justiniano mandó que se insinuase la que escediese de 300 y de 500 áureos sucesivamente. *L. ult. C.* Theod. *de sponsalib. L.* 25. *y* 34. *C. e. t.* Pero esta regla tiene muchas escepciones, como puede verse en las leyes 34. y 36. *pr.* §. 1. *y* 2. *C. e.* Cujac. *Obs. lib.* 27. *cap.* 40.

No necesita) Pues no hay peligro de que ninguno se haga mas pobre por la donacion *mortis causa*, puesto que no queda perfeccionada hasta que muere el donante.

Es revocable) Y lo será tambien si se le puso cláusula de que no se revocaria. Entonces mas bien es donacion entre vivos que por causa de muerte; y deberá considerarse como cualquiera otra donacion entre vivos, segun dice Marciano en la ley 27. *D. de mort. caus. donat.* *

Beneficio de competencia) Llámase así el privilegio que tiene el deudor á quien se hizo escusion de bienes, para que se le deje la parte que le fuere necesaria para vivir segun su estado y condicion. Consta de la ley 28. *D. de reg. jur.*, que concedió este privilegio á los donantes el emperador Divo Pio. *

461. *Le dona*) ¿Que accion tendrá el que donó una cosa *mortis causa*, si convalece de la enfermedad, y quiere revocar la donacion? Es claro que podrá vindicar su cosa del donatario y de cualquier poseedor, pues que en este caso no se transfiere el dominio de la cosa donada si no murió el donante. *L.* 29. *D. de mort. caus. donat.* *

462. *En cuanto es inoficiosa*) Se dice inoficiosa, porque se hace contra los oficios de la piedad, como si el padre donase á un hijo ó á un estraño mas de las dos terceras partes ó de la mitad de sus bienes; en cuyo caso, los hijos que no fueron ingratos á su padre, perjudicados en su legítima, tienen accion despues que muera su padre para revocar la donacion en cuanto se les disminuye la porcion legítima. V. Vinn. *quæ est salut. lib.* 2. *cap.* 33.

C. de inoff. donat.; 2.° en cuanto escede á la suma de quinientos sueldos, sino ha sido insinuada, *l.* 21. *al fin.* D. *de donat. l.* 34. *pr. l.* 36. §. *ult. C. de donat.*; 3.° por ingratitud enorme, §. 2. *Inst. e. t. l.* 10. *C. de revoc. donat.*, bien que como se trata de castigar un delito, la accion revocatoria solamente se concede al donante y no á los herederos, *l.* 10. *C. de revoc. donat.*; 4.° por la superveniencia de hijos, *l.* 8. *C. de revoc. donat.*, aunque dicha ley solamente concede al patrono el derecho de revocar la donacion. (*)

(*) Aunque los doctores tambien lo estienden á otros donantes. *Argum. de la l.* 30. *C. de fideicommiss.*

463. Otra especie de donacion entre vivos es la *donacion propter nuptias* (*por causa de nupcias*) ó *antiphernal*, y era la que á causa de los temores continuos del divorcio hacian el marido ó el esposo á la muger ó á la esposa para seguridad de la dote, §. 3. *Inst. e. t.* Hay que observar con respecto á esta donacion: 1.° que es casi semejante á la dote en cuanto á la cantidad y pactos, *l. ult. C. de donat. ante nupt. Nov.* 97.; 2.° que no da á la muger durante el matrimonio ni dominio ni derecho de tomar los frutos, sino solamente una hipoteca tácita en los bienes del marido, *l.* 29. *C. de jur. dot. Nov.* 6.° *cap.* 1.

«Nuestras leyes de Partida exigen cinco testigos para la donacion »por causa de muerte, *l.* 11. *tit.* 4. *part.* 5., pero segun la ley 1. *tit.* » 18. *lib.* 10. *Nov. Recop.*, infieren nuestros intérpretes que bastan tres »testigos. Cuando la donacion entre vivos escede de 500 maravedises »de oro debe hacerse con escritura ó con conocimiento del juez mayor »del lugar, á no ser que se hiciera á iglesias ó para redimir cautivos, »*l.* 9. *tit.* 4. *part.* 5. El que no tiene sucesion puede hacer donacion de »todos ó la mayor parte de sus bienes si se reserva el usufructo vitali»cio; pero se revocará por el hecho de sobrevenir sucesion legítima al »donador, *l.* 2. *tit.* 7. *lib.* 10. *Nov. l.* 8. *tit.* 9. *part.* 4. Tambien se re»voca la donacion cuando perjudica á la legítima de los hijos del do»nador, *l.* 10. *tit. cit.*»

Concede) Esta ley suele ser estendida á otros casos, pero esto es contra las reglas de una buena interpretacion, mucho mas si se atiende á que los deberes de los libertos para con sus patronos eran tales, cuales no pueden suponerse en otras personas; por lo que los autores modernos desechan semejante interpretacion.

463. *Antepherna*) La donacion *propter nupcias* se opone á la dote. La dote es la donacion *propter nupcias* de la muger: la donacion *propter nupcias* es la dote del marido; y asi se dice *antepherna*. Cujac. *Obs. lib.* 5. *cap.* 4. V. Vinn. *al* §. 3. *Inst. e. t.*

Ni dominio) Pero si durante el matrimonio se redujese á pobreza el marido ó consumiese la dote, puede la muger vindicar esta donacion. *L.* 29. *C. de jur. dot.*

Los frutos) Pues si subsistiendo el matrimonio percibiere la muger los frutos, seria inútil la dote, la cual se da para soportar las cargas del matrimonio. El derecho de la esposa consiste solamente en la tácita hipoteca que tiene en los bienes del marido. ° Es mas esacta la opinion de que adquiere la muger el dominio si la anteferna consistió en especie. Pues Justiniano dice espresamente que no se diferencia de la dote ni *en el nombre ni en la sustancia. L. fin. C. de donat. au cumpt.* Knor.

TITULO VIII.

De los que pueden ó no enagenar.

464. El efecto del dominio es el derecho de disponer de su cosa, y por lo mismo de enagenarla (335.), §. 40. *Inst. de rer. divis.* Por el contrario, el que no es dueño, como que carece de dominio, no puede transferirlo, y por consiguiente tampoco puede enagenar, *l.* 54. *D. de reg. jur.* §. 40. *Inst. de rer. divis.* Por cuanto en la definicion del dominio se espresó la limitacion: *á no ser que la ley, la convencion ó la voluntad del testador lo resistan*, y como ademas del dominio hay otras especies de derecho en la cosa, resulta algunas veces: 1.° que el que es dueño no pueda enagenar, y 2.° que el que no lo es pueda enagenar legítimamente. De estas paradojas, segun las llama Teófilo, se tratará en este título.

465. *Muchas veces el dueño no puede enagenar sus bienes* (364.) como sucede: 1.° al marido con respecto á la dote, aunque es dueño de ella, *pr. Inst. l.* 9. *C. de rei vind.* Esta consiste *en los bienes que se dan al marido para soportar las cargas del matrimonio*, *l.* 56. §. 1. D. *l.* 20. *C. de jur. dot.* No siéndole á este permitido por la *ley Julia de adulteriis* enagenar el fundo dotal itálico contra la voluntad de la muger, ni obligarlo aun consintiendo ella, Paul. *sent. recep. lib.* 2. *tit.* 24. Justiniano estendió esta prohibicion á toda clase de fundos, aun cuando la muger consienta en su enagenacion, ó en el gravamen de hipoteca, *l. un.* §. 15. *C. de rei uxor. act. pr. Inst. e. t.*, á no ser que aquella sea necesaria, *l.* 1. *D. de fund. dot. l. ult. C. lug. cit.*, ó en utilidad de la muger, *l.* 26. *l. ult. D. de jur. dot.* Esta prohibicion no se estiende á las cosas muebles, *l.* 1. *C. de serv. pign. dat. man.*,

---

464. *Lo resistan)* Las causas ordinarias que impiden la enagenacion son: prohibicion pública, bien sea por ley ó estatuto, ó por decreto judicial: pacto de no enagenar ó fideicomiso, como se acostumbra á hacer en las principales familias (mayorazgos); finalmente, algunas veces impiden la enagenacion la misma cualidad de la persona ó los atributos de la cosa, como sucede con respecto al pupilo y á las cosas sagradas.

465. *Dueño de la dote)* Como puede probarse por la ley 9. C. *de rescind. vendit.*, aunque hay algunos que solo le conceden el usufructo; lo cual siendo asi, la escepcion no fuera una paradoja, porque el usufructuario no puede enagenar el fundo fructuario. V. Mar. L. y Klamma. *Membr. lib.* 7.

Julia) Antes de la ley Julia podia enagenar libremente el marido las cosas dotales, y en Italia por los modos civiles, como la emancipacion y cesion por derecho, pero en las provincias por los modos naturales, como la tradicion, sin ninguna solemnidad de derecho. Mas sucediendo muchas veces que, consumida la dote por el marido y repudiada la esposa, quedaba reducida á la pobreza, se dió dicha ley Julia para evitar estos males.

Itálico) Pues la ley Julia no tuvo lugar en las provincias.

Obligarlo) Para que no fuese engañada la muger, pues era mucho mas facil que consintiese en obligar el fundo dotal que en enagenarlo.

A las cosas muebles) Segun Wesembeico debe esto entenderse de las cosas muebles que no se pueden conservar. Arg. l. 22. *C. de adm. tut. y l.* 42. *D. de jur. dot.* Pero es mas acertado entender con Heinecio, con Vinnio y con otros autores doctos,

ni á las inmuebles que se dan con el caracter de dote estimada, pues el dominio de estas pasa absolutamente al marido, *l.* 10. §. 4. D. *l.* 5. *l.* 10. *C. de jur. dot.*

466. Finalmente: 1º el pupilo es dueño de sus bienes, y sin embargo no puede enagenarlos ni prestar dinero; y si lo prestare y aun existiere, puede vindicarlo; si se ha consumido de buena fe, puede reclamarlo con accion personal; y si con mala, puede proceder con la accion *ad exhibendum*, §. 2. *Inst. e. t.* Tampoco se debe pagar al pupilo, aunque es dueño de sus bienes, sin que intervenga la autoridad del tutor y decreto judicial, §. *ult. Inst. e. t.*, escepto las usuras debidas dentro de dos años, y que no pasan de cien sueldos, *l.* 25. *y* 27. *C. de administr. tutor.* Por tanto, mucho menos puede pagar el pupilo; y asi es, que si existe el dinero pagado se vindica, y si se ha consumido, se estingue la obligacion, *l.* 14. §. *ult. D. de solution.*

467. 2.º *Hay casos en que puede enagenar el que no es dueño de los bienes;* asi es: 1.º que el acreedor puede vender la prenda, sin prévio requerimiento del deudor, cuando se convino que aquel pudiera enagenarla (*), *l.* 4. *D. de pign. act.*; pero si se convino que no se vendiera, entonces no podrá enagenarse al acreedor sin que procedan tres requerimientos, *l.* 4. *D. de pign. act. l.* 4. *C. de distr. pign.* Finalmente, si nada se convino, puede enagenarse despues de haber requerido al deudor, y pasados dos años, con tal que la venta se haga de buena fe y solemnemente, *l. ult.* §. 1. *C. de jur. dom. imp.* Si la co-

---

que dicha ley habla de todas las cosas, con tal que el marido tenga con que pagar, cuya limitacion impone la misma ley que alega el autor.

De dote estimada) Lo que no tiene duda cuando se estiman las cosas dotales por causa de venta; pero no si se estimaron con el objeto de valuar su menoscabo, ó como suele decirse, por causa de tasacion; porque entonces permanecen las cosas, aunque estimadas, siendo dotales, y no pueden enagenarse.

Al fin) Si se enagenan las cosas dotales contra estas leyes tiene la muger derecho de vindicarlas, disuelto el matrimonio, y durante él no corre usucapion ninguna en perjuicio de la esposa. Ademas, si el marido las enagenase y muerta la muger adquiriese la dote, no podrá vindicarla. *L.* 42. *D. de usurp. et usucap. L. pen. D. de fund. dot.*

466. *El pupilo es*) Lo que se dice del pupilo debe entenderse del menor que tiene curador, si bien la enagenacion hecha con juramento por el menor es válida. *Aut. Sacram. puberum. C. si adv. vendit.*

Ad exhibendum) Puede reclamarse cuanto se jurase en juicio. Pues la accion *ad exhibendum* se entabla con el objeto de que se exhiba ó presente la cosa que se reclama, y si por dolo no se presentare, se preste cuanto se juró en juicio que valia, moderando el juez la cantidad en que se apreció si conoce que es escesiva. *L.* 9. §. 2. *L.* 5. §. 2. *D. ad exhib.*

Pagar al pupilo) Luego el deudor permanece obligado en cuanto el pupilo ó el menor no se haya hecho mas rico, esto es, en la cantidad que no se empleó en su utilidad.

467. *Sin prévio requerimiento*) No obstante, la equidad aconseja que se haga en tal caso un requerimiento. Vinn. al §. 1. *Inst. e. t.*

Despues de haber requerido) Antiguamente se hacian tres requerimientos. Paull. *Sent. lib.* 2. *tit.* 5. §. 1.

Solemnemente) Se hace solemnemente si prévia citacion para rescatar la prenda se tasase por peritos y se adjudicase al mayor postor.

se no encontrare comprador á un precio regular, se hace nuevo requerimiento, ó el juez señala al deudor ausente el dia en que debe pagar; y si no paga, el acreedor impetra del príncipe el dominio de la prenda, quedando salvo al deudor el derecho de rescatarla dentro de dos años, *l. ult. §. 2. 3. C. lug. cit.*

(*) No se debe confundir el *pacto de vender la prenda* con el *pacto comisorio*, por el cual se conviene que no pagándose la deuda al tiempo señalado, el acreedor adquiera el dominio de la prenda. Aquel pacto es lícito, *l. 7. §. ult. D. de distr. pign.*; mas este es ilícito, *l. ult. C. de pact. pign.*

468. Finalmente, 2.º el tutor no es dueño de los bienes del pupilo, y sin embargo los puede enagenar por urgente necesidad, por mandato del padre ó por otra justa causa; y si son de mucho valor ó inmuebles, necesita decreto del magistrado, mas no para las demas cosas, *l. 1. §. 2. D. de reb. eor. qui sub tut. vel cur. l. 22. C. de adm. tut. et cur.*

«Adviértense algunas diferencias entre nuestras leyes y las romanas »con respecto á la enagenacion de la prenda. En el primer caso, cuan»do se pactó que se pudiera vender la prenda, no basta que pase el »dia fijado para la paga para verificarse la venta, sino que se ha de »avisar de ello al deudor en su persona, ó á los de su casa, y si no pu»do requerírsele, se venderá en pública almoneda. Si se convino que no »se vendiese, deben pasar dos años y hacerse tres requirimientos para »poderse vender. En el tercer caso se podrá vender pasados doce dias, si »fuere cosa mueble y treinta si raiz. *Ll. 41. 42.* y *L. 42. tit. 13. Part. 5.*»

TITULO IX.

De las personas por las cuales se adquiere.

469. Adquirimos no solamente por nosotros mismos, sino tambien por medio de nuestros bienes. (354.)

470. Los hijos de familia y los siervos de los romanos estaban como cosas *mancipi* bajo el dominio quiritario de los amos. De aqui fue que

---

468. *Decreto del magistrado)* El cual se da con conocimiento de causa, esto es, constando que no pueden pagarse las deudas de otra manera. Ademas, hay otras cosas que tiene obligacion de enagenar el tutor; cuales son las que no pueden conservarse. ⁕

Al fin) Hay sin embargo algunas escepciones: si el padre permitió la enagenacion en testamento, *L. 1. §. 2. l. ult. D. de reb. eor. qui lul. tut.*; si hubiese necesidad de enagenar, v. gr. para pagar las deudas; si otro disfrutase del derecho de retroventa, *L. 1. §. 2. D. tit. cit.* En estos casos puede enagenar el tutor aun sin decreto del magistrado. ⁕

470. *Sus amos)* Ya estipulasen los siervos para sí, ó para su dueño, ó impersonalmente: sobre esto no hay escepcion, de suerte que si el siervo adquiriese alguna cosa por beneficio de la fortuna, v. gr. si encontrase un tesoro, perteneceria todo él al dueño y nada lucraria el siervo, sino como peculio profecticio consintiendo su dueño. ⁕

la *propiedad* de todo lo que adquirian los siervos fuese para sus amos, aun cuando estos lo ignorasen ó no quisiesen (*), §. 3. *Inst. e. t.*; *la posesion* para los que lo sabian y consentian, *l.* 34. §. *ult. l.* 44. §. 1. *D. de adquir. possess.*, y la *herencia* tan solo para los que mandaban á sus siervos que la adiesen, §. 3. *Inst. e. t.* Si son muchos los amos, cada uno adquiere en proporcion á la parte de dominio que tiene en el esclavo, á menos que este estipule especialmente para uno.

(*) Aunque á los siervos se concedia peculio, no era sino profecticio, porque el amo podia privarles de todos los bienes. Por tanto, este peculio siempre estaba en el dominio del amo, quien permitia al siervo la administracion de él mas ó menos ámplia: *l.* 7. §. 1. *D. de pecul. l.* 20. *D. de jurejur.*

471. Aunque los siervos fructuarios no nos pertenecen (416.), ni los ingénuos poseidos de buena fe son siervos (91.) con todo, 2.° ellos adquieren para nosotros por medio de sus obras y de nuestros bienes. Lo que adquieren por otros medios es para el propietario ó para ellos, á no ser que si se les dejase alguna cosa se presuma que se les dejó en consideracion al usufructuario ó al poseedor de buena fe, §. 4. *Inst. e. t. ll.* 21. 22. 23. *D. de usufr.*

472. Del estado de los hijos (135.) se sigue: 3.° que todo lo que adquiere el hijo ó hija de familia lo adquiere para el padre, de cuyo derecho usaron los antiguos indistintamente. Sext. *Empir. Pyrrhon. hypot. III.* 24. Senec. *de benef. VII.* 4. Dionys. Halic. *Antig. Rom. lib.* 8.

473. Asi como los demas derechos de los padres se fueron dismi-

---

Sabiéndolo y queriéndolo) No convienen en esto algunos autores y entre ellos Cujacio. *Obs. lib.* 24. *cap.* 9. Pero la razon de diferencia consiste en que la posesion se adquiere con actos corporales y con intencion de retener. Los actos corporales pueden ejercerse por otro, pero la intencion debe ser del que adquiriere; luego para adquirir un dueño la posesion por sus esclavos es necesario que una su propia voluntad á la intencion corporal de aquellos. Solamente con respecto al peculio se presume que el siervo posee por la voluntad tácita de su dueño, aun ignorándolo este. (*a*).

(*a*) Los esclavos tenian algunas veces cierta porcion de bienes cuya administracion les conferia su dueño, y de que tenian cuenta separada: este es su peculio; y como se quiso evitar que el dueño tuviera que enterarse á cada instante de su administracion, se decidió que el dueño poseyese aun sin saberlo todo lo que poseia el esclavo, como formando parte del peculio; y asi se presume que el siervo posee por voluntad de su dueño todo lo que posee con ocasion del peculio que el dueño le concede. (V. Papin. *fr.* 44. §. 1.) (*Nota del trad.*)

Mandándolo) Pues la herencia no puede repudiarse como el dominio, una vez adquirida. Esta es la razon porque no era lícito al siervo hacer heredero á su dueño sin su voluntad, pues le obligaba á pagar las deudas hereditarias que podian esceder del valor de la herencia.

471. *De nuestros bienes*) Fúndase esto, ya en que el usufructuario no percibe todos los frutos ordinarios (417.), ya en que el poseedor de buena fe se tiene por dueño y hace suyos todos los frutos (377.)

472. *El padre*) Pues hallándose el hijo en la potestad de su padre con su esposa y toda su familia, por toda la vida, á no ser emancipado, parecia justo que adquiriese tambien para el padre, de quien recibia los alimentos y demas que le era necesario.

nuyendo poco á poco (140), asi tambien sucedió respecto del derecho de adquirir por medio de los hijos, introducidos los peculios.

Peculio es el corto patrimonio que el hijo de familia ó el siervo tiene separado de los bienes del padre ó del dueño, *l.* 5. §. 3. *y* 4. *D. de pecul.*, y se divide en *militar y pagano*: aquel es *castrense* y cuasi *castrense*; este *profecticio* y *adventicio*.

474. El peculio *castrense* (que parece tuvo un origen comun con el testamento militar, *l.* 1. *pr. D. de test. mil.*), comprende *todo lo que el hijo de familia adquiere por medio de la milicia armada*, *l.* 11. *D. de castr. pecul.* Pertenece á este peculio lo que dona el padre al hijo que se alista en la milicia; la herencia dejada por un compañero de armas, aunque sea un hermano que sirve en los mismos reales; finalmente el botin de los enemigos, ó lo que se compra con el dinero perteneciente al peculio castrense (*), *l.* 4. *pr.* D. *l.* 4. *C. lug. cit.*

(*) Esto es porque el peculio es una universalidad, *l.* 20. §. 10. *D. de hær. petit.*; y en la universalidad la cosa sucede en lugar del precio.

475. El *cuasi castrense*, inventado á imitacion del primero (*), es *el que el hijo de familia adquiere por la milicia togada*, esto es, *por las letras*. *L.* 14. *C. de advoc. divers. judicior.* *l.* 6. D. *de rei jud.* *l. fin. C. de inoff. test.*, al cual se refieren los gastos hechos por el padre en los estudios del hijo, lo que se adquiere por la abogacia, ó por el ejercicio de otras artes liberales, *l. ult. C. de inoff. test.*, y tambien las donaciones hechas por el principe ó por la reina, *l.* 7. *C. de bon. quæ lib.*

(*) Y con razon se dice que fue mucho antes de Justiniano, segun lo infiere Ant. Schulting. *Jurisprud. antejust.* de la *l.* 52. §. 8. *D. pro soc.* Por lo que con razon refuta á Franc. Balduino.

476. Peculio *profecticio* es *el que adquiere el hijo de los bienes del padre, ó por causa y contemplacion de este*, §. 1. *Inst. e. t.*

477. *Adventicio es el que adquiere el hijo por otro título, como por liberalidad de la madre ó de otras personas, por su propia industria, ó por una suerte favorable*, §. 1. *Inst. e. t.*

478. El peculio *castrense* y *cuasi castrense* pertenece al hijo de pleno derecho, *pr. Inst. quib. non est perm. fac. test.* *l.* 6. *C. de bon. quæ lib.*, y por lo mismo se considera en él como padre de familia, *l.* 2. *D. de SC. Maced.*, dispone libremente asi entre vivos como

475. *Estudios del hijo*) Con tal que se entienda que se hace donacion de ellos; pero si el padre llevase cuenta de los gastos para cargarlos al hijo, pierden la cualidad del peculio castrense ó cuasi castrense.

477. *Propia industria*) Esto es, por las artes iliberales; pues lo que lucra el hijo por los estudios ó artes liberales pertenece al peculio cuasi castrense.

478. *Dispone*) No obstante que acerca de las demas cosas no puede testar el hijo de familia, cualquiera que sea su edad, aunque lo consienta el padre. *I.* *pr.*

mortis causa, *l.* 3. *C. de castr. pecul.*, y aun lo trasmite á los herederos abintestato (*), *pr. Inst. quib. non est perm. fac. test.*

(*) No así antiguamente, pues el padre ocupaba por derecho de peculio los bienes castrenses del hijo muerto, *l.* 2. *D. de castr. pecul.*

479. El *profecticio* es del padre de pleno derecho (*), §. 1. *Inst. e. t.*, y por tanto solo se concede al hijo su administracion, quien goza de él y lo retiene: 1.° cuando se sacan á subasta los bienes del padre, *l.* 3. §. 4. D. *de min.*; y 2.° cuando despues de haber el padre emancipado al hijo, no se lo quita, *l.* 31. §. 2. D. *de donat.*

(*) La razon de esto consiste en la unidad de persona, pues reputándose el padre y el hijo como una sola, se sigue que aquel no puede donar á este; y por lo mismo, todo lo que del padre pasa al hijo queda en poder de aquel, §. 1. *Inst. e. t.*

480. Finalmente, la propiedad del peculio *adventicio* es ordinariamente del hijo; mas el usufructo y la administracion es del padre mientras vive, §. 1. *Inst. e. t. l.* 6. *l. ult.* §. 5. *C. de bon. quæ lib.*

481. Se dice *ordinariamente*, porque la propiedad y usufructo del peculio adventicio son del hijo en los casos siguientes: 1.° si el hijo ade la herencia contra la voluntad del padre, *l. ult.* §. 1. *C. de bon. quæ lib.*; 2.° si al hijo se dona ó deja alguna cosa bajo la condicion de que el padre no tenga el usufructo, *Nov.* 117. *cap.* 1.; 3.° si el hijo sucede juntamente con el padre al hermano de padre y madre, *Nov.* 128. *cap.* 2.; 4.° si el padre se maneja dolosamente en los bienes que ha de restituir al hijo, *l.* 50. *D. ad SC. Trebell.* Este peculio en que el hijo tiene la propiedad, usufructo y administracion, se llama por los doctores adventicio *irregular*, *estraordinario*, *pleno*, y el otro de que se

---

Inst. quib. non est pecunius fac. testam. * Este derecho se concedió segun Schultingio, antes del tiempo de Justiniano: se funda en la singular predileccion que se tenia á los militares.

479. *Despues de haberlo emancipado*) Mas no por la muerte del padre, porque es de derecho que el hijo tiene que llevar á colacion los bienes profecticios, á no que el padre le remitiese espresamente la colacion. *

480. *Del hijo*) De suerte que el padre no se lo puede quitar, ni los acreedores de este tienen derecho á él, ni el hijo lo comunica con sus hermanos muerto el padre.

Del padre) Primeramente el emperador Constantino dió al padre el usufructo solamente en los bienes maternos. *L.* 1. *C. de bon. mater.* Despues se estendió á los bienes dejados al hijo por los parientes maternos. *L.* 2. *C.* §. 4. *C. de bon. quæ liber.* Y finalmente estableció Justiniano que tuviese dicho usufructo en todos los bienes que le vinieran al hijo por cualquiera otra persona que no fuese el padre. *L.* 6. *C. tit. cit.* Knorio.

Mientras vive) Y si el padre emancipaba al hijo, adquiria la mitad del usufructo como en precio de la manumision. §. 2. *Inst. e. t.*

481. *Son del hijo*) Pero no puede testar de este peculio; y carecen de fundamento los que dicen lo contrario, apoyándose en que puede hacerlo del peculio castrense y cuasi castrense; porque en estos el hijo se tiene por padre de familias, pero no asi en el adventicio estraordinario. *L.* 11. *C. qui testam. fac. post.* *

ha hablado en el párrafo anterior, *regular*, *ordinario* y *menos pleno*.

482. Como solamente podemos adquirir por medio de los hijos de familia y de nuestros siervos, respecto de las demas personas se establece el axioma *que uno no puede adquirir por otro*. Mas nombrando un apoderado podemos adquirir no solamente dominio, sino tambien posesion, §. 5. *Inst. e. t.*

TITULO X.

Del modo de hacer los testamentos.

483. Reservando Justiniano para el fin de este libro los demas modos singulares de adquirir, á saber, los legados y fideicomisos, pasa á tratar de los civiles universales, entre los cuales ocupa la *herencia* el primer lugar.

484. La *herencia* se adquiere ó *por testamento* ó *abintestato*, §. 6. *Inst. per quas pers. cuiq. adquir.*; esta escluye á aquella, *l.* 39. *D. de adquir hæred.*

485. Siendo la sucesion testamentaria la principal, y no admitiéndose el heredero abintestado mientras puede tener lugar el testamentario, debe considerarse la causa de esto en su origen, mucho mas cuando la voluntad de un individuo no puede alterar el derecho público, *l.* 38. D. *de pact. l. ult. D. de suis et legit. hær.*

486. Toda sucesion por derecho romano era legítima, de suerte que no podia variarse sino por una nueva ley; y como nada es tan natural como el que una cosa se deshaga por los mismos modos que se formó, *l.* 35. *D. de reg. jur.*, asi las leyes de la sucesion abintestato se revocaban por una nueva ley, proponiéndose al pueblo en los comicios convocados, *calati* (*), si queria y mandaba, por ejemplo, que Lucio Ticio fuese por derecho y por ley heredero de Lucio Valerio, lo mismo que si fuera su hijo ó su próximo heredero, Aul. Gell. *Noct. Att. lib.* 15. *cap.* 27. Estos son los testamentos hechos en los comicios calados, de los cuales se habla en el §. 1. *Inst. e. t.* De aqui el que posteriormente se recibiese por principio: *que la testamentifaccion es de derecho público*, *l.* 3. D. *qui test. fac. poss.*

(*) Los latinos tomaron de la palabra griega *calain*, la palabra *calare*, llamar ó convocar. V. Theoph. aqui. *(Nota del Trad.)*

487. Despues se mandó por las leyes de las doce tablas *que lo que el padre de familia dispusiese de su familia, de sus bienes, ó de la*

---

487. *Despues)* Se desusó el testamento en los comicios, ya porque podia hacerse muy raras veces, ya porque no podia variarse, y porque la ley de las doce tablas concedió al padre de familia mas amplia facultad de testar. Ever. Otto. al §. 2. *Inst. e. t.*

tutela de su cosa, se tuviese por ley: *Pater familias uti legassit super familia* (*) *tutelave suæ rei, ita jus esto.* (208). Mas no pudiendo la voluntad de un individuo revocar las leyes de la sucesion, fingieron los jurisconsultos, que componian las acciones de la ley (60.), que la *herencia* se enagenaba entre vivos. Bynkershoeck, *Obs. lib.* 2. *cap.* 2.

(*) Por *familia* se entiende la herencia ó el conjunto y totalidad de los derechos. En este sentido emplea esta palabra la ley de las doce tablas, cuando llamando á los agnados á la herencia decia: *proximus agnatus familiam habeat.*

488. Siendo la herencia cosa mancipi, y transfiriéndose esta por medio de la mancipacion, principiaron á hacerse los testamentos por la moneda y la libra, *per æs et libram.* Constituíase pues *comprador de la familia* aquel á quien el testador vendia la familia ó la herencia delante de *cinco testigos* ciudadanos romanos, del que les exigia su testimonio (*) *antestatus*, y del fiel que tenia la balanza (*libripens*), Gell. *lib.* 15. *cap.* 26.; pronunciando la fórmula solemne: sed testigos ó quirites de que doy, lego y testo estas cosas como estan escritas en estas tablas ó testamento: *hœc uti in his tabulis cærisve scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor, itaque vos quirites testimonium præbitote*, Ulp. *Fragm. tit.* 20. §. 9.

(*) El antestatus tocaba en la oreja á los testigos presentes, recomendándoles que se acordasen del acto que se celebraba. *(Nota del Trad.)*

489. Finalmente, asi como el pretor alteraba muchas veces el derecho civil á pretesto de equidad, asi tambien daba la posesion de los bienes segun las tablas, si estaban firmadas por siete testigos (*), §. 2. *Inst. e. t.*

(*) Los cinco testigos concurrian siguiendo la costumbre recibida en las mancipaciones; y los otros dos representaban al *antestatus* y al porta balanza. Este testamento fue anterior á los tiempos de Ciceron, como aparece de su primera oracion contra Verres, *cap.* 45.

490. Finalmente, por el uso y las constituciones de los príncipes se introdujo un nuevo modo de testar, que casi se funda en los principios antiguos; y asi es que el *testamento* formado del rito antiguo, del edicto del pretor y de las constituciones de los príncipes (*), ya no es otra cosa que la *justa sentencia de nuestra voluntad sobre aquello que*

---

488. *Comprador de la familia*) En un principio era este el futuro heredero; pero como muchas veces maquinase contra la vida del testador, para adquirir la herencia mas pronto, se estableció que el comprador de la familia fuese diferente persona que el heredero, y el testador escribia privadamente el nombre de este en el testamento. Theof. *e. t.* §. 1.

490. *Justa sentencia*) Esto es, solemne. (570.) La solemnidad no consiste únicamente en los ritos esternos, de que se tratará mas adelante, sino tambien en la institucion de heredero. Asi es que no puede aplicarse esta definicion á los codicilos.

queremos se haga despues de nuestra muerte, *l.* 1. D. *qui testament. fac. poss.*

(*) Principió á tener lugar este nuevo género de testar en los tiempos de Teodosio el jóven Jac. Gothofr. *en la* 1. *l. C. Teod. de test. et codic. tom.*

491. Siendo el testamento la espresion de nuestra voluntad sobre lo que uno quiere que se haga despues de su muerte, ó como dice Justiniano, *pr. Inst. e. t.*, la fiel espresion del pensamiento (*testatio mentis*), siguiendo la alusion estóica en lugar de la etimología (82. *), se sigue: 1.º que uno puede testar ó por escrito ó de viva voz (*per nuncupationem*); y de aqui la diferencia de testamento *escrito* y *nuncupativo*; 2.º que debe testar de todos los bienes, y que por lo mismo no puede morir parte testado y parte intestado, *l.* 7. *D. de reg. jur.* §. 5. *Inst. de hær. inst.*; ni 4.º con dos ó mas testamentos, *l.* 19. D. *de test. mil.*; 5.º que puede mudar cuantas veces quiera su voluntad, y revocar el testamento anterior por otro posterior, *l.* 4. D. *de adim. leg.*; 6.º que debe estar en su entero juicio al tiempo de hacer el testamento, *l.* 2. D. *l.* 3. *C. qui test. fac. poss.*

492. Siendo *justa*, esto es, sentencia solemne de nuestra voluntad, se sigue: 7.º que se deben observar todas las solemnidades, y que no puede omitirse ninguna sin peligro de nulidad, *l.* 17. *l.* 23. *C. de fideicomm.*

493. Las solemnidades son ó *internas* ó *esternas*. Interna es la legítima institucion de heredero idóneo, §. 34. *Inst. de leg. l.* 1. §. 3. *D. de hæred. inst.* Esta se hacia por palabras directas ó imperativas (*), v. gr. *Ticio sea heredero*; pues las precativas ú oblicuas no se admitian, Ulp. *Fragm. tit.* 21. §. 1., mas hoy bastan cualesquiera, *l.* 15. *C. de testam.*

(*) Porque los testamentos eran antiguamente unas leyes que se hacian en los comicios calados (486.), cuyo caracter conservaron aun en los tiempos posteriores, haciéndose solamente por palabras imperativas. Cujac. *Obs. lib.* 11. *cap.* 35. Asi es que en varios autores el testamento se llama *lex Except. de legat*: testar, *hacer ley*, Chrisost. *Serm.* 1. *in Act. Apostol. Nov.* 23. *cap.* 2. Legar, *dejar á manera de ley*, esto es, *dejar imperativamente en el testamento*. Ulp. *Frag. tit.* 24. §. 1., vocablo de que usaron los decemviros.

494. Las solemnidades *esternas* son muchas: 1.º que el testamen-

---

491. *Nuncupativo*) Debe pues atenderse á si la intencion del testador era testar por escrito ó de viva voz, pues si su intencion fue testar del último modo, el testamento seria nuncupativo, aunque despues se redujese á escritura.

492. *Nulidad*) Y no servirá protestar que se omitieron á propósito dichas solemnidades, como se lee en la *ley* 88. *D. de legat.*, pues la voluntad de un particular no puede hacer alteracion alguna acerca de la testamentifaccion, que es de derecho público. *L.* 3. *D. qui testam. fac. poss.*

493. *Cualesquiera*) Con tal que sean dispositivas, porque de lo contrario seria un fideicomiso. Por eso se dice con suma elegancia en la *ley* 1. §. 9. D. *de hered. instit.*, que podia hacerse el testamento con solas tres palabras: sea *heredero Ticio*.

to se haga uno contextu (*), esto es, que el acto de testar sea continuo y no interrumpido, l. 28. C. de test., y que mientras se hace no se trate de ningun negocio ageno del testamento, por ejemplo, de un contrato, l. 20. D. de verb. sig.

(*) Porque los testamentos se hacian antiguamente en los comicios calados, y cuando estos eran interrumpidos se anulaba todo lo celebrado en ellos. Cic. á Quint Fratr. lib. 3. ep. 3. Igual costumbre se observó en los testamentos.

495. 2.º Que haya *siete testigos* especialmente rogados (*), l. 21. §. penult. D. qui test. fac. poss.; que vean al testador, l. 9. C. de testam., y que tengan testamentifaccion. (**), §. 6. Inst. de testam. De aqui es que no pueden ser testigos en el testamento la muger, dicho §. 6. Gell. lib. 5. cap. 19., el impuber, el siervo, l. 20. §. 6. 7. D. qui test. fac., el furioso, el mudo, el sordo, el ciego, el pródigo, el improbo é intestable, esto es, el condenado por pasquines ó libelos infamantes, l. 21. D. de test. l. 18. §. 1. D. qui test. fac. poss. §. 6. Inst. e. t. Tampoco pueden ser testigos los herederos, ni los que estan bajo la potestad del testador ó del heredero, §. 9. y 10. Inst. e. t. l. 20. pr. y §. 1. D. qui test. fac. poss. Pero bien podrán estos últimos concurrir juntos como testigos al testamento de un estraño, porque solo es impedimento el lazo que une á los testigos con el testador, mas no el que pueda unir á los testigos entre sí, §. 8. Inst. e. t. l. 17. D. de test.

494. *Uno contextu*). Para esta unidad se exige: 1.º que el acto sea continuo, esto es, que no se haga el testamento en diversas épocas: 2.º que el acto sea uniforme, esto es, que no se trate de otro negocio ageno del testamento. L. 1. §. 12. D. de vulgar. et pupill. subst. ✠

Por ejemplo un contrato) Opinan algunos que puede verificarse algun contrato mientras se hace el testamento, si pertenece al testamento ó si se verificase con suma brevedad; pero yo juzgo muy esacta la opinion del autor, aunque se observe en el foro la contraria confirmada con la autoridad de los antiguos intérpretes.

495. *Ni el heredero*) En los primeros tiempos del testamento per aes et libram, siendo el comprador de la familia el mismo heredero, estaba escluido del número de los testigos, no como heredero sino como comprador de la familia. Posteriormente, no siendo uno mismo el heredero y el comprador de la familia, como se ha dicho en la nota al §. 488., se le consideró como estraño á un acto que pasaba únicamente entre el testador y el comprador de la familia, y era admitido como testigo; pero ultimamente Justiniano escluyó el testimonio del heredero y con razon; porque en el nuevo modo de testar establecido por Teodosio no existe emancipacion ni comprador intermediario entre el testador y el heredero; de suerte que pasando la herencia directamente de uno á otro, todo lo que se hace en el testamento ó para el testamento, se verifica directamente entre el testador y el heredero, como antiguamente entre el testador y el comprador de la familia. (Ulp. reg. 3. Cayo 2. Inst.) Asi, á ejemplo del comprador, el heredero y los miembros de la familia no pueden ser testigos por los mismos motivos que aquel, para que no atestiguen en causa propia. Esta prohibicion habla de todo heredero, ya sea directo ó fideicomisario, instituido ó sustituido. (*Nota del Trad.*)

Al fin) El asunto principal del testamento se trata entre el testador y el heredero. Asi pues, si los testigos son de la familia de estos, darán su testimonio en causa propia, porque el padre y el hijo se tienen por una persona; razon que cesa con respecto á los testigos unidos entre sí. ✠

(*) Porque en los comicios calados precedia la rogacion solemne: *ciudadanos romanos, quereis, mandais.*

(**) No se debe entender que aqui se habla de la testamentifaccion *activa*, de la *pasiva*, ó de entrambas. No de la activa, porque el hijo de familia puede ser testigo, y no puede testar; no de la pasiva, porque el impuber puede ser instituido heredero, y sin embargo no puede ser testigo en el testamento; no de una y otra juntamente, porque la muger puede testar y ser instituida heredera, mas no por esto puede ser testigo en el testamento. Asi pues, quiere esto decir, que el que no podia entrar en los comicios calados, no tenia testamentifaccion, ni tampoco podia ser testigo en el testamento; por lo que Teófilo no va acertado en entender por esto, *los que pueden instituirnos herederos y ser instituidos por nosotros.*

496. Estas solemnidades son comunes al testamento nuncupativo y escrito; pero en este se requiere ademas: 3.° que el mismo testador escriba el testamento (el cual se llama *hológrapho*), ó que lo firme (*), y si no sabe escribir, que firme por él un octavo testigo que se llamará al efecto, *l.* 28. §. 1. *C. de testam.*

(*) Justiniano mandó que el testador ó los testigos escribiesen con su propia mano el nombre del heredero, §. 4. *Inst. e. t. l.* 29. *C. de testam.*; pero el mismo abolió despues esta solemnidad. *Nov.* 119. *cap.* 9.

497. Finalmente, 4.° se requiere que los testigos suscriban y signen las tablas; ya con su anillo ó con anillo ageno, ya con otro instrumento, §. 3. *Inst. e. t. l.* 22. §. 2. 5. 7. y *l.* 30. D. *qui testam. fac. poss. l.* 12. *C. de testam.*

498. Mas poco importa la lengua ó las palabras en que se teste, *l.* 21. §. *ult.* D. *l.* 15. *C. de testam*, ó la materia en que se escriba, ya sea cera, papel ó pergamino, §. 12. *Inst. de test. ord. l.* 1. *l.* 4. *D. de bon. poss. sec. tab.*, con tal que el testamento se escriba en letras, y no en abreviaturas, *l.* 6. §. *ult.* D. *de bon. poss.*, ni en papel *deleticio* (*) *ú opisthógrapho*, aunque bien podrá escribirse en él el testamento, con tal que no se confundan las letras, *l.* 4. *D. de bon. poss. sec. tab.*

(*) Llamábase papel *deleticio* aquel de que se borraba lo que se habia escrito; y *episthógrapho*, no el escrito por ámbas caras segun pensó Guido, Pancirol, sino el que estaba ya escrito por un lado, de suerte que escribiéndose por el otro se confundian las letras, como dicen Voss. en la etimología de esta palabra, y Savaron.

---

* *Ciudadanos romanos)* Mejor fuera deducirlo del modo de testar por la moneda y la libra, puesto que en él intervenia la mancipacion, en la que el *antestatus* tocando las orejas de los testigos les preguntaba: *¿Puedo ponerte por testigo?* obligándoles de este modo á dar su testimonio. Merill. *Obs. lib.* 8. *cap.* 97.

** *O pasiva)* Del §. 6. que cita el autor se colige que Justiniano habló de la testamentifaccion pasiva, pues escluye á todos aquellos que aunque pueden recibir por testamento, no pueden prestar legítimamente su testimonio.

497. *Y siguen)* Y valdrá el testamento aunque se hubiesen borrado los signos, con tal que aparezcan las firmas como dice Cujacio. *Obs. lib.* 17. *cap.* 32.

498. *Abreviaturas)* El testamento escrito en abreviaturas es inválido por derecho civil y por derecho pretorio.

Confunde las letras) Pues los romanos usaban de un papel (llamado nilótico, de los lugares de Ejipto en que se fabricaba) que era tan delgado que se pasaban ó transparentaban las letras, de suerte que no podia escribirse en él por ambas caras. *

499. En el testamento *nuncupativo* no se necesitan los requisitos de que se ha hablado en el párrafo 496., y basta que el testador manifieste de palabra su última voluntad delante de siete testigos idóneos rogados, que le vean y entiendan, §. 14. *Inst. e. t. l.* 21. *pr.* §. *penult. D. qui testam. fac. poss. l.* 21. § 2. *l.* 26. *C. de testam.* Aunque el testamento nuncupativo se escriba, y particularmente si se hace para que no se olvide lo que se ha dispuesto en él, no por eso se dirá que es escrito, Sichard. *en la l.* 21. §. 2. *C. de testam.* §. 2.

500. »El Código de las partidas admite las mismas especies de tes»tamentos que el derecho romano, y fija las mismas solemnidades. *Ll.* » 1. 2. 3. *y* 5. *tit.* 1. *Part.* 6. Las leyes de la *Novis. Recop.* hicieron al»gunas variaciones. En primer lugar no es necesario que haya institu»cion de heredero para que valga el testamento, pasando la herencia »al heredero *abintestato.* Para el testamento abierto se exigen tres tes»tigos vecinos del lugar y escribano público; no interviniendo esta »persona, se exigen cinco testigos vecinos, ó tres si no pudiesen ser »habidos tantos. Pero otorgándose ante siete testigos, es válido, aun»que no sean vecinos y no concurra escribano. Para el testamento cer»rado se exigen siete testigos y un escribano que firme y lo autorice »con su signo. *L.* 1. *y* 2. *tit.* 18. *lib.* 10. *Nov.* La *ley* 11. *tit.* 24. *lib.* »*cit.* señala la clase de papel en que se han de escribir los testamen»tos; y las *leyes* 1. *y sig. tit.* 19. *lib. cit.* autorizan el testamento hecho »por comision.»

TITULO XI.

Del testamento militar.

501. Hemos dicho arriba (492. 6.) que en el testamento no puede omitirse solemnidad alguna sin peligro de nulidad; sin embargo, hay algunos testamentos en los cuales se dispensan todas ó algunas solemnidades, por cuyo motivo se llaman *privilegiados* ó *menos solemnes.*

502. Se dispensan todas las solemnidades internas y esternas: 1.° á los *militares* por el inminente peligro á que estan espuestos, *l.* 1. *l.* 34.

---

99. *Siete testigos*) El juez tomaba juramento á estos testigos y les preguntaba acerca de la última voluntad del testador.

Y entendiesen) Es pues necesario que sepan el idioma en que se espresa el testador; requisito que no se exige en el testamenco escrito, con tal que sepan los testigos el objeto con que se les llama ó exije su testimonio.

Se escriba) Se reduce á escrito para evitar los obstáculos que podrian resultar de morir los testigos cuyo testimonio se exige. Pero si consta en instrumento público, que el testamento se hizo conforme á derecho, el testimonio del escribano suple al de los testigos difuntos.

501. *Privilegiados*) Estos privilegios no admiten estension; por lo que van equivocados los que creen que deben dispensarse algunas solemnidades á los que hacen los viageros y las paridas, por identidad de razon; pues sabido es que los privilegios no pueden traerse á ejemplo. *L.* 1. *D. de const. princ.*

502. *Inminente peligro*) Y asi, es falsa la razon que se da en el *pr.* de la

§. 2. *l.* 35. *y* 40. D. *e. t. l.* 15. *C. pr. Inst. e. t.*, pues á la manera que aun antes de las doce tablas podian testar *in procinctu* (esto es, al ir á entrar en batalla ceñido el sayo ó trage militar que llamaban Gabino, y abroquelados con su escudo), nombrando su heredero delante de tres ó cuatro personas. Plutarc. *en Coriolan. serv. à Virg. Ene. lib.* 7. *v.* 612.: asi tambien Julio César, Tito, Domiciano, Nerva y Trajano les concedieron despues en distintas épocas no solamente la facultad de testar *in procinctu*, sino tambien cuando estaban en peligro (*), *l.* 1. *pr.* D. *e. t.* De aqui es que Ulpiano deriva el testamento militar de las constituciones de los príncipes, *Fragm. tit.* 23. §. 2.

(*) El testamento *in procinctu* habia caido en desuso, segun dice Justiniano, 1. *Inst. de test. ord.*, y ya desde los tiempos de Ciceron. *Cic. de nat. de or. lib.* 2. Este privilegio se restableció despues que en las guerras civiles y en los tiempos de Augusto se estableció la milicia mercenaria, con el objeto de escitar con estos privilegios á alistarse en ella.

503. Estando exentos los militares aun de la solemnidad interna, se sigue: 1.º que pueden instituir herederos aun á aquellos que no tienen testamentifaccion, *l.* 13. §. 2. *D. l.* 5. *C. e. t.*; 2º que pueden desheredar ó pasar en silencio á los hijos ó nietos, §. 6. *Inst. de exhær. lib. l.* 9. *l.* 10. *C. e. t.*; 3.º que por lo mismo no se rompen sus testamentos por la agnacion de herederos suyos, *l.* 7. 8. *D. e. t.*, ni se admite contra ellos la querella de inoficioso, *l.* 29. §. *ult.* D. *e. t.*, 4.º que pueden morir parte testados y parte intestados, *l.* 6. *l.* 15. §. 4. *l.* 37. *D. e. t.*; 6.º con muchos testamentos, *l.* 19. *pr.* D. *e. t.*; y 6.º instituir herederos en codicilos, *l.* 36. *pr. D. e. t.*; 7.º que puedan sustituir de cualquier modo, *l.* 5. *l.* 15. §. 5. *l.* 28. D. *e. t.*; y 8.º legar mas de lo que permite la ley Falcidia, *l.* 17. §. *ult.* D. *l.* 12. *C. e. t.*

504. Dispensándoseles tambien las solemnidades esternas (562.), se sigue: 1.º que si el testamento militar es *escrito*, no se necesitan ningunos testigos, y por tanto se omiten en él todas las solemnidades mencionadas en los párrafos 495. y 497., *l.* 15. *C. e. t.*, con tal que

---

Inst. e. t., y en la *ley* 3. *C. etc.*, acerca de que este privilegio se concede á los militares por su ignorancia. La verdadera razon se halla en la ley 1. *pr. D. de bon. poss. ex testam. nulit.* ° Cinto Gabino V. Pancirol. *Var. læt. lib.* 1. *cap.* 11.

503. *Testamentifaccion*) Se esceptua el siervo de la pena, á no que dejase de serlo cuando murió. D. *l.* §. 2., y la muger en quien recae sospecha torpe. *L.* 41. *D. e. t.*

Pasar en silencio) Con tal que supiese que tenia hijos nacidos ó concebidos, á quienes preteriese y que instituyese herederos á otros; mas no si lo ignorase. *L.* 9. *C. e. t.* Este testamento será válido, pero los hijos preteridos pueden pedir los alimentos. °

No se rompen) Si el testador supiese que su muger se hallaba en cinta, pero al contrario, si lo ignorase; *L.* 33. *D. e. t.*, á no ser que naciendo el heredero suyo despues de hecho el testamento, permaneciese el padre en su voluntad. Loter. *de per. milit. lib.* 2. *cap.* 19.

Sustituir). El militar puede nombrar sustituto pupilar á su hijo para mas tiempo que el de la pubertad, y hacer testamento por derecho militar tanto para sí como por su hijo. V. el §. 567.

conste plenamente que el militar lo ha escrito, *l.* 40. *pr. D. e. t.*; 2.° que si hace testamento nuncupativo bastan dos testigos, *l.* 12. *D. de test.*, aunque no sean rogados, *l. ult.* §. *ult.* D. *de codicill*; 3.° que el único requisito esencial de este testamento es que conste que el militar nombró su heredero, no por acaso sino con ánimo deliberado, §. 1. *Inst. l.* 24. *D. e. t.*

505. Testan pues por derecho militar no solamente los militares que sirven en las filas, sino tambien los que estan en pais enemigo espuestos á los mismos peligros, *l.* 44. D. *e. t.*, y aun los sordos y los mudos no licenciados, *l.* 4. *D. e. t.* Vinn. *al* §. 2. *Inst. e. t.*, y los que dudan de su estado, esto es, los que no saben si son de su derecho ó de ageno derecho (*sui vel alieni juris*), *l.* 11. §. 1. *D. e. t.*

506. Siendo la causa de este privilegio el peligro inminente de la vida, es claro: 1.° que solo pueden testar de este modo los militares que estan en espedicion y en los campos, §. 3. *Inst. l.* 1. 15. *l. penult. C. e. t*; y por tanto si se hallan en los cuarteles de invierno deben testar segun el derecho comun; 2.° que pueden confirmar por palabras ó por hechos el testamneto que hicieron antes de ser militares, *l.* 9. §. 1. *l.* 20. §. 1. *l.* 25. *D. e. t.*; 3.° que obtenida su licencia y cesando el peligro ya no vale el testamento hecho como militares, bien que á los veteranos que obtienen una licencia justa causal se concede un año despues de haberla obtenido, §. 3. *Inst. l.* 26. *pr.* §. 1. *D. e. t.*, y que la condicion existente se retrotraiga pasado el año, §. 3. *Inst. e. t. l.* 26. *D. de condit. Inst.*

507. Dijimos arriba que el hijo de familia puede disponer libremente del peculio castrense y cuasi castrense (470.), y ahora viene bien añadir que tiene en él derecho de testar lo mismo que un militar, pero guardando los requisitos del derecho civil, pues no corren los peligros que son inherentes á la milicia, §. 6. *Inst. e. t. l. ult. C. de inoff. test.*

---

504. *El único requisito*) En el testamento militar se requieren siempre dos requisitos: que conste la voluntad del militar, y que teste en marcha para el combate.

No por acaso) Asi no se consideran como disposiciones testamentarias aquellos propósitos vagos que espresa el hombre jocosamente ó sin importancia en una conversacion. Existe sobre esta materia un elegante rescripto de Trajano ó Catilio Severo, en el §. 1. de la *Inst.* en este titulo.

505. *En pais enemigo*) Con tal que muriesen en él, *L. ult. D. e. t.* Knorio.

No licenciados) Esto es, si perdiesen la facultad del oido y del habla por herida ó por accidente; mas no si fuesen sordos ó mudos de nacimiento que siempre tuvieron la imposibilidad de seguir la carrera de las armas. En el caso primero, no consta si deberán ser licenciados, ó si recobrarán sus facultades; mas no obstante, son considerados como militares hasta el momento de su reforma, cuyo intervalo es el único que pueden aprovechar para usar del derecho militar: lo que debe tenerse presente contra las argucias de Vinnio.

Duden) Pues con respecto al testamento de los paisanos ó no militares que dudan de su estado, esto es, que ignoraban si son ó no padres de familia, es inútil. *L.* 9. *D. de jur. codic.*

506. *Deben*) Aunque disienten muchos autores y entre ellos Merill. al *pr. Inst. e. t.*

508 y 509. Tambien se dispensan algunas solemnidades esternas: 2.° á los padres que testan entre hijos (*), porque si testan por escrito, y escriben ó firman el testamento, espresando claramente el año, mes, dia, y la parte en que instituyen á los hijos, ya no son necesarios los testigos, *l.* 21. §. 1. *C. de test. Nov.* 107. *cap.* 1.; mas si el testamento es nuncupativo, son suficientes dos testigos. Arg. *l.* 12. *D. de test.*

(*) Y solamente entre estos; pues en cuanto á los estraños no vale el testamento á no ser que concurra el número competente de testigos y las demas solemnidades, sin que obste la *Autent. Quod sine, C. de testam.*, pues es contraria á ella la *Nov.* 107. *cap.* 1.

510. 3.° A los que testan en *tiempo de peste* se dispensa que los testigos concurran todos á un tiempo, por temor del contagio, *l.* 8. *C. de testam.*

511. 4.° A los que testan en el *campo* se concede el privilegio de que puedan testar delante de cinco testigos, si no se encontrare mayor número, como sucede en los campos, *l. ult. C. de testam.*, lo que se presume en caso de duda, mientras no se prueba lo contrario. Tambien se permite que un testigo firme por otro si no sabe escribir.

512. Son testamentos privilegiados: 5.° los testamentos *hechos delante del príncipe ó del juez*, para los que no se exige ninguna solemnidad, *l.* 19. *C. de testam*; 6.° el testamento *posterior imperfecto*, por el cual son llamados á la sucesion los herederos abintestato preteridos en el primero, pues basta que concurran en él cinco testigos, *l.* 21. §. *penult. C. de testam.* Por último, 7.° los testamentos hechos por *causas pias*, en los cuales dispensó el pontífice todas las solemnidades, *cap.* 11. *X. de testam.*

---

509. *Espresando*) Y no obsta que se instituya á los hijos en partes iguales ó desiguales; pues llamándoles las leyes á recibir partes iguales, fuera inútil este privilegio si tuviera que señalárseles igual porcion. Joef. al *tit. qui testam. fac. post.*

Son suficientes) Deben sin embargo hacerse dos observaciones: 1.ª Que estos testamentos solamente valen entre los hijos, pero no con respecto á personas estrañas: 2.ª que en este testamento no solamente puede instituir á los hijos sino tambien desheredarlos por justas causas. Muchos autores sienten lo contrario y con razon; pues las desheredaciones no deben favorecerse por medio de interpretaciones, ni debe convertirse en perjuicio de los hijos lo que se ha constituido en su favor. Joh. Voet. *á las Pandect. tit. qui test. fac. poss.*

*. *Sin que obste*) Opinan varios autores que deben ser válidos los legados y fideicomisos hechos en estos testamentos, si el testador los hizo ante dos testigos; y pretenden probarlo por la Novela citada 107. V. Dionys. Gothof. *not.* â dicha *Nov.* Pero otros juzgan con mas acierto que se requieren cinco testigos, porque aun cuando aquella novela no esprese el número de testigos, siempre las últimas voluntades deben esplicarse por la *lex fin. C. de codicill.* Asi Knorio á e. t.

511. *Lo contrario*) Debe probarse, no por el heredero instituido, sino por el que impugna el testamento, porque la presuncion devuelve siempre al adversario el cargo de probar. *

512. *No exigen*) Y si se dudara acerca de si se insinuaron los testamentos ante el príncipe, se debe probar por dos testigos. *L.* 19. *al fin. C. de testam. ordin.*

El pontifice) El derecho civil exige todas las solemnidades en los testamentos hechos en favor de causas piadosas. *L.* 13. *C. de scr. ecles.*

»Las leyes de Partida admiten las clases de testamentos escepcionales »que las romanas, con la diferencia de que en el que hacen los padres »á favor de sus hijos, vale la manda que se hace á favor de un estraño »siempre que la hiciere el padre de su propio puño y lo otorgasen los »hijos. Por una real cédula que es la *ley* 8. *del tit.* 18. *lib.* 10. de la »*Nov. Recop.* se amplió el privilegio de los militares, disponiendo que »puedan ordenar sus testamentos de cualquier modo que conste su »voluntad, cuantos disfrutan del fuero militar, sin distincion de tiem»pos ni lugares.»

TITULO XII.

De las personas que no pueden testar.

513. Pueden testar todos los que no tienen prohibicion de hacerlo. En este título se numeran los que tienen prohibicion, á saber, los que no podian entrar en los comicios calados (*).

(*) Por esta razon las mugeres no pudieron testar antiguamente. Despues se les concedió la testamentifaccion, con tal que el tutor interpusiese su autoridad.

514. Siendo la testamentifaccion de *derecho público romano* (486.), *l.* 3. *D. qui test. fac. poss.*, se sigue que no puedan testar: 1.º los siervos, *l.* 19. *D. lug. cit*; 2.º los que estan con los enemigos, cuyos testamentos hechos en el cautiverio no valen aunque vuelvan á sus hogares (*), *l.* 8. *pro D. lug. cit.* §. *ult. Inst. e. t.*; 3.º ni los peregrinos ó deportados (227.), *l.* 8. §. 1. *D. lug. cit.*

(*) Porque los hechos prisioneros por el enemigo estan en servidumbre justa, pero al contrario, los cogidos por los ladrones pueden hacer testamento (91. 4.), *l.* 13. *pr. D. qui testam. fac. poss.* Siendo la regla catoniana la razon porque no vale el testamento hecho en el cautiverio, *l.* 1. *pr. D. de reg. Caton. l. penult. D. de reg. jur.*, es claro que si recuperare la libertad vale por derecho de postliminio el testamento hecho en la ciudad antes del cautiverio (348.), y si muriere en él, vale por la ley Cornelia, §. *ult. Inst. e. t. l.* 12. *D. qui testam. fac. poss. l.* 16. *y* 18. *D. de captiv. et postlimin.*

515. Concediéndose la testamentifaccion á los padres de familia solamente (487.), es claro, 4.º que los hijos de familia no pueden hacer testamento ó codicilo en que se deje legado ó fideicomiso, *l.* 6. *l.* 19. *D. qui test. fac. poss.*, ni aun permitiéndolo el padre, *pr. Inst. e. t. l.* 6. *pr. D. lug. cit.* Esta prohibicion no se estiende ni á la donacion

---

514. *No valen*) En el dia, no siendo considerados los siervos como del primero que los coge, valdrán sus testamentos.

Al fin) En el mismo caso se hallan los que estan dudosos ó yerran en cuanto á su estado. *L.* 14. *y* 15. *D. e. t.*, á no que obtuviesen licencia para testar, ó se les concediese el uso de la toga romana, *L.* 11. *D. e. t. y L.* 31. *D. de jur. fisc.*

mortis causa, *l.* 25. §. 1. *D. de mort. caus. don.*, ni al testamento que hagan de los bienes castrenses ó cuasi castrenses. (488.) Los efectos de dicha prohibicion son tan generales, que el testamento del padre de familia se hace írrito por medio de la arrogacion, á no que sea militar, §. 5. *Inst. de milit. test.*, y el otorgado por el hijo de familia no vale aun cuando este muera, siendo ya de su derecho, *pr. Inst. e. t. l.* 19. D. *qui test. fac. poss.* (514.)

516. Siendo el testamento la *justa sentencia* de nuestra voluntad, no pueden hacerlo, 5.° los furiosos y dementes, esçepto en sus lucidos intervalos, §. 1. *Inst. e. t.*; 6.° ni los pródigos, pues civilmente se consideran como furiosos, §. 2. *Inst. lug. cit. l.* 18. *pr.* D. *qui test. fac. pos.*, á no ser que hagan el testamento antes que se les prive judicialmente de la administracion de sus bienes, §. 2. *l.* 18. *pro* D. *lug. cit.*, ó que miren por el interes de sus descendientes, *Nov. Leon.* 39.; 7.° ni los impúberes, §. 1. *Inst. e. t. l.* 5. D. *lug. cit.*

517. Como por lo comun los defectos corporales van unidos con la debilidad de ánimo, no pueden testar; 8.° los *sordo-mudos*, ni aquellos á quienes afecta alguna de estas dos enfermedades, á no ser que puedan manifestar su voluntad ó de palabra ó por escrito, *l.* 10. *C. qui test. fac. poss.* §. 3. *Inst. e. t.*

518. Como á los ciegos no obsta su defecto físico para testar, pueden hacerlo con tal que nombren al heredero, y ademas de los siete testigos llamen á un escribano para que presencie el nombramiento, ó á un octavo testigo, firmando y signando todos, *l.* 8. *C. lug. cit.*

519. Finalmente, no se permite testar á ciertas personas por via de *pena*; tales son: 9.° los reos de lesa magestad, *l.* 5. *C. ad leg. Jul. majest.*; 10. los apóstatas y hereges, *l.* 3. *C. de apost. l.* 4. *C. de hæret.*; 11. los que han contraido matrimonio incestuoso, á no ser que instituyan á los herederos legítimos, *l.* 6. *y. Auth. incestas*, *C. de incest. nupt.*; 12. los condenados por libelo infamatorio, *l.* 18. §. 1. *l.* 26.

---

516. *Los impúberes*) Antiguamente se permitia hacer testamento á los tribunos de los soldados aunque fuesen menores de edad; pero esto fue abolido por Justiniano. *L. ult. C. de nulit. testam.* Constantino permitió lo mismo á los menores que prometian vivir en celibato. Mureto al §. 1. de la *Inst. e. t.*

517. *Los sordo-mudos*) Segun los jurisconsultos tienen prohibicion absoluta de testar los que son sordos y mudos al mismo tiempo, y solo tienen prohibicion en ciertos casos los que solamente tienen uno de estos defectos Sam. Strykio trae muchos casos sobre este particular en su discurso de *jure sensuum.*

518. *Nombren*) Lo cual pueden verificar, no solamente pronunciando su nombre, sino significando la persona á quien nombran, de modo que pueda venirse en conocimiento de quien sea. ✠ Antiguamente podian los ciegos testar de cualquier modo. Paull. Sent. *lib.* 3. *tit.* 4. §. 4.; mas para evitar falsedad les prescribió el emperador Justino un modo particular de testar. *D. l.* 8.

Signando) Notese bien este requisito de la firma y signo porque no se exige en los testamentos nuncupativos. (499.) ✠

519. *Infamatorio ó famoso*) No se crea que toda injuria escrita es libelo famoso. Pues la primera pone de manifiesto satiricamente los vicios de los hombres; pero este atribuye á otro un crimen que merece pena capital. ✠

D. *qui testam. fac. poss.*, ó á último suplicio (*), *l.* 8. § *ult. l.* 13. §. *ult.* D. *lug. cit. l.* 6. D. *de injust. rupt. irr. test.*

(*) Porque aunque los condenados á muerte no se hagan ya siervos de la pena, con todo, la venta pública de los bienes no se ha abolido sino en favor de los parientes, *Nov.* 134. *cap. ult.*; y por tanto, si existen parientes no se concede al condenado á muerte la facultad de testar; y si faltan, los bienes se venden públicamente.

«Por nuestras leyes pueden testar los peregrinos ó estrangeros, imponiéndose penas á los que se lo impidan. *L.* 2. *tit.* 30. *lib.* 1.º *Nov. Recop.* Es válido tambien el testamento que los locos hicieren en sus lucidos intervalos. Los púberes pueden testar sin licencia de sus ascendientes del tercio de sus bienes adventicios castrenses y cuasi castrenses, aunque esten bajo la patria potestad. *L.* 4. *tit.* 18. *lib.* 10. *Nov. Recop.* El condenado á muerte puede testar si sus bienes no han sido confiscados ni comprendidos en la sentencia de su condenacion; pero no pueden testar los condenados por libelo infamatorio. Para que valga el testamento del ciego se exige que se haga ante escribano y cinco testigos. *L.* 2. *tit.* 18. *lib.* 10. *Nov. Recop.* El sordo ó el mudo que no lo fuese de nacimiento, sino por enfermedad y supiese escribir podrá hacer testamento escribiéndolo por sí, y valdrá publicándolo á presencia del escribano y testigos. *L.* 13. *tit.* 1. *Part.* 6.»

TITULO XIII.

De la desheredacion de los descendientes.

520. Se ha tratado de las solemnidades esternas de los testamentos; síguese tratar de la solemnidad interna (493.), esto es, de la institucion de heredero. Los hijos deben ser instituidos con preferencia á todos; sin embargo, antiguamente la patria potestad tuvo unos derechos tan estensos, que el padre podia ó preterir en el testamento á los hijos y nietos, ó desheredarlos sin justa causa, Liv. *l.* 1. *cap.* 24. Cic. *Orad. lib.* 1. *cap.* 38. *l.* 11. D. *de liber. et posthum.* Mas como los padres abusasen de este derecho en perjuicio de su posteridad, *l.* 4. D. *de inoff. test.*, las leyes les impusieron la obligacion de instituir ó desheredar á sus hijos; pero guardando siempre una enorme diferencia entre los *suyos* y *emancipados*, entre los *legítimos é ilegítimos*, entre los *naturales* y *adoptivos*, entre los *varones* y *hembras*, entre los descendientes de *primero* y *ulteriores grados*, y finalmente entre los *nacidos y póstumos.*

521. Los hijos *suyos naturales* de *primer grado* habian de ser instituidos ó desheredados espresamente; de otra suerte el testamento era *nulo ipso jure*, *pr. Inst. de exhæred. lib. l.* 30. D. *de lib. et posthum.* (*)

(*) Los hijos de familia son *sui hæredes*, esto es, herederos domésticos del ascendiente que los tenia en su potestad. La obligacion de instituirlos ó desheredar-

— los espresamente se fundaba en que considerándose que la herencia pertenecia á estos hijos, aun antes de la muerte del testador, era necesario para transmitirla á otras personas, retirarla espresamente de los que ya la tenian. (*Nota del Trad.*)

522. Las *hijas suyas naturales* y todos los descendientes de *ulterior grado* podian ser exheredados *inter cœteros* (entre los demas (*) sin ser necesario determinar sus nombres. Si se preterian, no invalidaban el testamento, pero *acrecian* en la parte viril (**) á los herederos suyos instituidos, y á los estraños en la mitad, Ulp. *Fragm. tit.* 22. §. 17. *pr. Inst. e. t.*

(*) Verificábase la desheredacion *inter cœteros*, cuando despues de haber instituido uno ó muchos herederos, añadia el testador: los demas sean exheredados. (*Ceteri exheredes sunto.*) V. Paul. *fr.* 25. *de liber. et post.* (*Nota del Trad.*)

(**) Es decir, que añadian una persona al número de los herederos suyos instituidos, de suerte que si solamente habia un heredero instituido se llevaban la mitad de la herencia, y la tercera, cuarta ó quinta parte, si habia tres, cuatro ó cinco. (*Nota del Trad.*)

523. Los *póstumos*, como personas inciertas, no podian ser instituidos herederos, §. 25. *Inst. de legat.*, y por la misma razon tampoco nominalmente desheredados; y asi bastaba que fuesen preteridos; mas luego se estableció que ó fuesen instituidos ó desheredados, (*) *l.* 10. D. *de lib. et posthum.* §. 1. *Inst. e. t.* (**), y si eran varones de primer grado llamándolos por sus nombres, y si hembras y nietos bastaba que se hiciese entre los demas, con tal que el padre les legase alguna cosa para que no pareciesen preteridos, §. 1. *Inst. e t.* De otra suerte se rompia por la agnacion, esto es, por el nacimiento de nuevos herederos el testamento en que eran preteridos, §. 1. *Inst. lug. cit.*

---

522. *Acrecian*) Acrecer significa aqui entrar á la parte. V. á Costa, *al pr. de la Inst. e. t.*

En la mitad) Por ejemplo: Ticio instituyó tres personas por herederos, prefiriendo á una hija ó á un nieto: si las personas nombradas herederos fuesen estraños, la hija ó el nieto recibirán la mitad de la herencia, y los tres herederos la otra mitad: si eran herederos suyos, recibirán la hija ó nieto la tercera parte, esto es, igual porcion de cada heredero, que es lo que hubieran recibido si el padre hubiese muerto intestado, esto es, la cuarta parte de su patrimonio.

523. *Rompian el testamento*) Adviértanse las diferencias que hay entre los póstumos y los hijos, á saber: 1.ª que si eran preteridos los primeros subsiste el testamento, aunque lo rompian por su nacimiento; al contrario, si eran preteridos los segundos el testamento no podia subsistir: 2.ª si eran preteridos los hijos y nietos ya nacidos no rompian el testamento; pero los póstumos preteridos, bien fuesen hijos, nietos ó hijas siempre lo rompen. (*L.* 8. §. 1. *de injust. testum.* Cayo, *lib.* 2. *tit.* 3. §. 2.) Mas por qué no se establece distincion entre el sexo y grado de los póstumos, como se efectua con respecto á los hijos nacidos, y no que tanto por la agnacion de los hijos preteridos como por la de las hijas ó de los nietos se rompe el testamento? He aquí la razon de esta diferencia. Como la voluntad de los padres con respecto á sus hijos siempre ha de ser interpretada lo mas humana y favorablemente que sea posible, juzgaron los jurisconsultos que el testador cuando los preteria era porque ignoraba la concepcion, ó si sabia que ya habian sido concebidos pero aun no habian sido dados á luz, era por un olvido involuntario. Y como no se sabe si el feto es hijo ó hija, tenia que aplicarse esta regla á entrambos sexos. Vinio. §. 1. *Inst. e. t.*

(*) Por haberse establecido el principio de que el póstumo se tiene por nacido cuando se trata de su utilidad. (*Nota del Trad.*)

(**) Esto se ha de entender no solamente de los póstumos *verdaderos* que nacen despues de muerto el padre, *l.* 3. §. 1. *D. de injust. rupt. irr. test.*, sino tambien de los *cuasi póstumos*, cuales son: 1.º los *Aquilianos*, esto es, los nietos que nacen despues de la muerte del abuelo, habiendo muerto antes el hijo de este, los cuales habian de ser instituidos ó desheredados segun la fórmula de Aquilio Galo, *l.* 29. *D. de lib. et posthum.*; 2.º los *Veleyanos*, esto es, los nietos nacidos despues de la muerte del padre, pero en vida del abuelo testador, los cuales habian de ser ó instituidos ó desheredados, segun el capítulo 1.º de la ley Julia Veleya, *l.* 29. §. 11. 12. *D. lug. cit*; y tambien los nietos que nacidos antes del testamento del abuelo agnacen á este como herederos suyos en lugar del padre muerto, los cuales habian de ser instituidos ó desheredados, segun el capitulo 2.º de la ley Julia Veleya, *l.* 29. §. 13. 14. *D. lug. cit.*; 3.º los *Salvianos*, esto es, los nietos que nacidos despues del testamento del abuelo, y muriendo despues el padre, suceden en lugar de este, los cuales habian de ser instituidos ó desheredados segun la sentencia de Salvio Juliano, *l.* 29. §. 15. *D. lug. cit.*; 4.º los *Cornelianos*, que concebidos antes del cautiverio del padre nacen en la ciudad siendo ya cautivo este, *l.* 15. *D. de injust. rupt. irr. test.*

524. No era necesario instituir ni desheredar á los *emancipados*, §. 3. *Inst. de exh. lib.*; mas el pretor les concedió despues la posesion de los bienes contra las disposiciones del testamento (*contra tabulas*) si siendo varones no eran instituidos ó exheredados espresamente; y si hembras, *inter cæteros* (entre los demas), §. 3. *Inst. e. t. l.* 6. *y* 7. D. *de bon. poss. contra tab.*

525. Los padres podian por derecho preterir á los *ilegítimos*. Los adoptivos, cuando estaban en la potestad del padre adoptante, gozaban del mismo derecho que los suyos naturales, §. 4. *Inst. e. t. l.* 1. D. *de adopt.* Los ilegítimos no eran favorecidos ni por el pretor como los emancipados ni por la ley, *l.* 4. D. *si tab. test null. exist.* Los adoptados por la adopcion menos plena quedaban siendo herederos suyos respecto del padre natural, y solamente sucedian al padre adoptivo abintestato. (186.)

526. Mas por derecho nuevo todos los hijos de cualquier sexo, ya nacidos ya póstumos, habian de ser ó *instituidos é desheredados* nominalmente, §. 5. *Inst. e. t. l.* 4. *C. de lib. præter.* Si son preteridos por el padre ó el abuelo paterno anulan el testamento, y si por la madre ó el abuelo materno, pueden rescindirlo, *Nov.* 115. *cap.* 3. Los

---

* De *Aquilio Galo*) La fórmula de Aquilio Galo estaba concebida en estos términos: Si un hijo muriese viviendo yo, si dejase algun nieto ó nieta despues de mi muerte dentro de los diez meses que muriese mi hijo, sean mis herederos. L. 29. *al pr. D. de liber. et posthum.*

526. *Anulan el testamento*) Entiéndase en el caso de haber ya nacido cuando se hizo; porque si fueron póstumos lo romperán. Opinan varios autores que no será nulo en semejante caso el testamento, sino que se rescindirá por la queja de inoficioso, é intentan probar esto por la *Auth. ex causs. C. de liber. præter.* Pero Cujacio y otros autores han demostrado que esta auténtica habla de la preterición de la madre ó abuela materna.

Pueden rescindirle) Porque no teniendo la madre ni los demas ascendientes por linea materna potestad en los hijos, si estos son preteridos, se consideran desheredados sin que obste la *Nov.* 115. *cap.* 3., como creen á Costa y Marcilio *al* §. 7. de la *Inst. e. t.*

emancipados piden contra él la posesion de los bienes, *l.* 4. *C. de lib. præter.*, lo que se entiende tambien de los arrogados y plenamente adoptados; mas no de los adoptados por un estraño, §. 5. *Inst. e. t. l. penult. C. de adopt.* (186).

527. Del mismo modo han de ser instituidas ó desheredadas las mismas personas á quienes se debe la *legítima.* Los ascendientes preteridos ó injustamente desheredados rescinden el testamento lo mismo que los hijos, *l.* 14. D. *e. t. Legítima es la porcion de la herencia que se ha de dar á ciertas personas por disposicion de la ley* (*). Esta se debe: 1.° á los descendientes; 2.° á los padres; 3.° á los hermanos y hermanas de padre y madre en el caso que se les prefiera una persona torpe, *l.* 27. *C. de inoff. test. Nov.* 115. *cap.* 3. 4. Por derecho antiguo la legítima era la cuarta parte de los bienes que se debia abintestato, §. *ult. Inst. de querel. inoff.*; mas despues estableció Justiniano, atendiendo al número de personas, que la porcion legítima fuese la *tercera parte* de los bienes si eran *cuatro ó menos* de cuatro las personas á quienes se debia, y *la mitad* si eran *mas de cuatro*, *Nov.* 18. *cap.* 1.

(*) O á lo menos por su espíritu. Es muy probable que esta legítima fue introducida por interpretacion de la ley Falcidia, *l.* 8. §. 8. 9. *D. de inoff. test. l.* 21. *c. fam. erc.*

528. La *desheredacion* es *la legítima esclusion de la herencia*, y debe hacerse: 1.° nombrando á la persona desheredada; 2.° puramente, y no bajo condicion, *l.* 3. §. 1. *D. de lib. et posthum.*; 3.° de toda la herencia, *l.* 19. D. *lug. cit.*; 4.° de todos los herederos y de todo grado, *l.* 3. §. 2. 3. 6. *D. lug. cit.*; 5.° por justa causa que se ha de espresar en el testamento (*), *Nov.* 115. *cap.* 3. *pr.*

---

527. *Porcion de la herencia*) Controvierten los intérpretes acerca de si la legítima es porcion de los bienes ó de la herencia. V. Voet. á las *Pand. tit. de inof. test. n.* 44. y 45. Pero Cujacio no encuentra diferencia alguna entre que sea la cuarta parte de la herencia ó de los bienes. *Observ. lib.* 8. *c.* 4.

Que se ha de dejar) Añádase, por título de institucion y sin carga con respecto á los hijos y á los padres.

528. *Nombrando á la persona desheredada*) Lo cual debe hacerse en el testamento que es donde aparece la voluntad firme y constante del testador; pues si se hiciese la desheredacion en un papel cualquiera, ó de viva voz entre varios amigos, se presume que lo motivaron los ímpetus de la cólera. *L.* 19. *C. de inoff. testam.* Debe tambien hacerse con palabras imperativas. V. Mevius, *part.* 4. *decis.* 183. *

Y no bajo condicion) Porque el padre debe remover á los hijos de la sucesion con un motivo cierto, y este no lo seria desde que dependiese de una condicion. *L.* 28. *D. de bon. poss. contr. tabul.* Asi pues, el heredero suyo desheredado condicionalmente se tiene por preterido, *L.* 68. *D. de hæred. inst.*; á no ser que fuere instituido bajo de condicion contraria á la que se puso en la desheredacion. *L.* 28. *D. pr. de lib. et post.*

De toda la herencia) Y no de cierta parte; v. gr., de tal fundo, pues en este caso se tiene la desheredacion por pretericion. *Arg. L.* 8. §. 2. *D. de bon. poss. contr. tabul.*

De todo grado) Refiérese esto al orden que se guardaba en los testamentos. *Estorio.*

Que se ha de espresar) ¿Deberá espresarse tambien en el testamento privilegiado? Niéganlo Carzov, Stryck. *Cautel. testam. cap.* 10. §. 18. *

(*) Si los hijos ó padres fuesen desheredados por causa injusta y no probada, *Nov.* 115., el testamento es nulo; pero si fuere por justa causa no verdadera y espresada en el testamento, los hijos y padres desheredados lo rescinden con la querella de inoficioso, *Nov.* 115. *cap.* 3. §. *ult. cap.* 4. §. *ult.* Hub. Prælect á *la Inst. lib.* 2. *tit.* 13.

529. Las justas causas por las cuales pueden los hijos ser desheredados son catorce, á saber: 1.º por injuriar á sus padres gravemente; 2.º por poner en ellos las manos airadas; 3.º por asechar contra su vida; 4.º si se le sigue perjuicio al padre por delacion del hijo; 5.º por acompañarse con hechiceros ó llegar á serlo; 6.º por impedir que el padre teste; 7.º por no cuidar de su padre que perdió el juicio; 8.º por no redimirlo cuando se hallase cautivo; 9.º por hacerse herege en tales términos que no admita los cuatro primeros sínodos ecuménicos; 10. por acusar al padre de crimen capital, escepto el de lesa magestad; 11. por tener relaciones ilícitas con la madrastra ó concubina del padre; 12. por hacerse cómico contra la voluntad de su padre; 13. por no querer salir fiador de su padre para sacarle de la carcel (*); 14. y ademas puede ser desheredada la hija menor de edad que se prostituya, habiéndose resistido á casarse queriendo y dotándola su padre. *Nov.* 115. *cap.* 13.

(*) Esta causa, lo mismo que la décima, solo pertenece á los hijos, porque las hijas como mugeres ni pueden ser fiadoras, ni tampoco acusar, *l.* 2. §. 1. 2. *D. ad SC. Vell. l.* 8. *D. de accusat.*

530. Los padres pueden ser desheredados por sus hijos, por ocho causas: 1.ª si acusaren á los hijos de delito capital: 2.ª si asecharen contra su vida; 3.ª si estupraren á la nuera ó concubina del hijo; 4.ª si impidieren que los hijos testen; 5.ª si no los redimieren estando cautivos; 6.ª si no los cuidaren estando furiosos; 7.ª si fueren hereges; 8.ª si el padre envenenare á la madre, ó esta á aquel, *Nov.* 115. *cap.* 4.

531. El hermano ó hermana pueden preterir en testamento á los hermanos ó hermanas de padre y madre, con tal que no instituyan *persona torpe* (526.), pues en este caso deben instituirlos ó deshered ar-

---

* *Es nulo*) Júzgase que en este caso tendrá lugar la queja de inoficioso; Vinio, *Quæst. Select. lib.* 2. *cap.* 21. y 70. Voet. á las *Pand. tit. de inoff. testam.*

529. *Por dilucion*) Kreff en la jurisprud. civil y popular entiende por esta palabra lo mismo que accion. *Estor.*

Por impedir) Y si el padre no le desheredase pierde tambien la herencia, porque se la quita el fisco como indigno. *L.* 24. *D. de his. quæ ut indig. aufer.* *

De la carcel) Esta causa no puede concurrir en la hija, porque la muger no puede salir fiador por otro. *

530. *Al fin*) Las causas que tienen los hijos para desheredar á sus padres son por el mismo género que las espuestas en el §. anterior, aunque en menor número, porque pueden los hijos ser ingratos para con sus padres en muchos mas casos que estos para con sus hijos. *

531. *Persona torpe*) Puede pues el hermano preterir á su hermano siempre que no instituya heredero á una persona infame ó que tiene mala nota, en cuyo caso deberá desheredarlo, ó de lo contrario podrá este impugnar el testamento con la que-

los. Las causas de esta desheredacion son tres: 1.ª si el hermano ó la hermana asechare contra su vida; 2.ª si le acusare criminalmente; 3.ª si le causare pérdida en sus bienes, *Nov.* 22. *cap.* 47.

532. Aunque estas causas no pueden aumentarse por otras de diverso género, *Nov.* 115. *cap.* 3., sin embargo, no se escluyen las semejantes ó mas atroces en el mismo género, Hub. *Præl. Inst. e. t.* §. 10. *sig.*

»Nuestras leyes exigen para que el póstumo que no ha sido instituido rompa el testamento, que nazca todo vivo, que viva 24 horas lo menos, y que haya sido bautizado: de otra suerte se tiene por abortivo. Exigen tambien acerca de la desheredacion, que se esprese la causa legal en que se funda, de suerte que no puede ser desheredado el menor de diez años y medio, porque no es capaz de dolo. *Ll.* 1. *y sig. del tit.* 8. *part.* 6. A las catorce causas de desheredacion se ha añadido otra por real pragmática del año 1776 corrobada en 1803, por la cual puede ser desheredado el hijo menor que haya contraido matrimonio sin obtener primero el consentimiento de su padre.»

TITULO XIV.

De la institucion de heredero.

533. La institucion de heredero es la solemnidad interna del testamento, sin la cual no puede subsistir. (493.) Pudiendo instituirse heredero á una persona estraña, no habiendo hijos, padres, hermanos ó hermanas, ó siendo puramente desheredados ó preteridos, se trata en este título de la institucion de heredero.

534. *Heredero es el sucesor en todos los derechos que tuvo el difunto*, *l.* 24. D. *de verb. signif. l.* 62. D. *de reg. jur.*

535. De lo que se sigue; que puede ser instituido heredero el que al tiempo de hacer el testamento, al de la muerte del testador y al de la adicion tiene capacidad, para suceder en el derecho universal de un ciudadano romano, *l.* 49. §. 1. *D. e. t.* §. 4. *Inst. de hæred. qual. et differ.*

---

ja de inoficioso. *L.* 27. *C. de inoff. test.* ☉ Antigüamente podian entablar los hermanos esta queja, cualquiera que fuese la condicion de la persona que se instituyese. Binkershoek *Obs. lib.* 5. *cap.* 5.

532. *Al fin)* Por ejemplo, aunque la Novella 115. solo trate de los hereges, sin hacer mencion de los apóstatas, no hay duda que pueden estos ser desheredados por identidad de razon. ☉ Disienten varios autores de esta opinion, porque Justiniano no solamente trató de esponer en la Nov. 115. las causas justas para desheredar, sino que quiso que se tuvieran por injustas las que no mencionaba. *Estor.*

534. *En todos los derechos)* Pero no en los derechos personales, pues estos espiran con la persona; v. gr., en los empleos públicos, en el usufructo que tuvo el difunto, y en otros derechos semejantes. ☉

535. *De la adicion)* Para juzgar de la capacidad de los hijos no se atiende al tiempo de la adicion, porque siendo herederos *ipso jure*, no necesitan de adir la herencia. (588. y sig.)

536. Pueden ser instituidos herederos asi los libres como los siervos; y estos, si son del testador, deben instituirse con libertad, la cual se presume que se les da en el mero hecho de instituirlos; mas si son agenos, pueden instituirse sin ella, porque el nombramiento se hace entonces en consideracion á su amo, por cuyo mandato adquirirán la herencia (*), *pr. Inst. e. t. l. penult. C. de. serv. necess. hær. Inst.*

(*) ¿Y qué sucederá si se instituye á un siervo hereditario antes de haberse adido la herencia? Entonces la herencia yacente representa al difunto, *l.* 31. §. 1. *l.* 52. *D.* §. 2. *Inst. e. t.* (329.)

537. Pueden ser instituidos los ciudadanos, mas no los peregrinos, *l.* 6. §. 2. *D. e. t.* Cicer. *pro Cæcin. cap.* 35.; ni los que padecen capitis diminucion máxima ó media, *l.* 1. *C. e. t.*

538. Pueden tambien ser instituidas las personas inciertas (las cuales no podian serlo por derecho antiguo, segun digimos en el párrafo 523.), con tal que ó por acaso ó de otra manera pueda saberse quienes son, §. 26. 27. *Inst. de leg.*, y por lo tanto pueden serlo; 4.º los pobres, *l.* 24. *C. de episc. et cleric.*, las iglesias, *l.* 1. *C. de SS. Eccl.*; 5.º las ciudades, *l.* 26. D. *ad SC. Trebell. l.* 122. *D. de legat.* 1.; 6.º los colegios y corporaciones lícitas, *l.* 12. *C. e. t. l.* 1. §. 15. D. *ad SC. Trebell.* Todo esto se introdujo poco á poco contra el derecho antiguo (*).

(*) Por derecho antiguo no podian ser instituidas las persónas inciertas, los municipios, ni los munícipes, porque una corporacion se reputaba como cosa incierta, de suerte que ni podia verificar la toma de posesion de la herencia (*hæreditatis cretio*), ni obrar como heredero, cuya razon convenia tanto á los dioses instituidos herederos como á los colegios, Ulpian. *Fragm. tit.* 22. §. 4. 7. *sig.* Despues se concedió por un senadoconsulto que los municipios pudieran ser instituidos por los libertos, y recibir tambien fideicomisos. Ulp. *lug. cit.* §. 5. *l.* 26. *D. ad SC. Trebell.* El senadoconsulto concedió ridículamente á ciertos dioses el derecho de tres hijos, á fin de que pudieran ser instituidos. Dio. Cass. *lib.* 15. *princ. Ulp. lug. cit.* §. 60. Finalmente se concedió á las ciudades y colegios lícitos el derecho de tomar la herencia, *l.* 12. *C. de hær. Inst.*, el cual estendió Constantino á las iglesias, *l.* 1. *C. de SS. Eccl. l.* 4. *C. Theod. de episc. eccl.* Goth. *Comment. tom.* 4.º

---

536. *A su amo*) Porque siendo lo que adquiere el siervo para su dueño, solamente debe atenderse á si el dueño tiene capacidad para heredar. *

538. *Las iglesias*) Si no se supiese á que iglesia se instituyó por heredero, lo será aquella en cuyas funciones mas se interesaba el difunto. V. Mantica, *de conjecturis ultimarum voluntatum.* *

La toma de posesion) Se hacia puramente, de una vez, con cierta fórmula, por sí y no por otro, y ante testigos. Asi pues, si se instituia á una corporacion no podian todos los individuos de que se formaba pronunciar las palabras solemnes de la ereccion del modo requerido. V. la nota al §. 592. *v. adicion.*

El derecho de tres hijos) Por la ley Julia y Papia Poppea las mugeres podian adquirir la herencia que les dejaban los estraños, solamente si tenian tres hijos, siendo ingenuas, y cuatro siendo libertinas. La circunstancia de tener tres hijos contenia tambien otros privilegios. Pero esto se alteró despues que Constantino quitó las penas impuestas al celibato. L. *un. C. Theod. de infirm. pasu cælib.* V. Hein. *á la ley Jul. y Pap. lib.* 1. *cap.* 1.

539. A ciertas personas se negó por via de pena el derecho de heredar en ciertos casos ó absolutamente en todos, *simpliciter*, *vel secundum quid. Simpliciter;* 1.° á los hijos de los traidores, *l.* 5. §. 1. *C. ad leg. Jul. majest.*; 2.° á los apóstatas, *l.* 3. *C. de apost*, hereges, *l.* 4. *l.* 5. *C. de hæret.*, judios, *l.* 1. *C. de jud.*; y 3.° á las corporaciones ilícitas, *l.* 8. *C. e. t.*

540. No puede ser heredero *secundum quid*: 1.° el príncipe instituido á causa de algun pleito, §. *ult. Inst. quid. mod. test. infirm.*; 2.° ni el consorte que pasa á segundas nupcias puede dejar al segundo consorte mas de lo que deja á uno de los hijos del primer matrimonio, *l.* 6. *C. de sec. nupt.* 3.° Los padres é hijos incestuosos nada pueden dejarse entre sí, *l.* 6. *C. de incest. nupt. Auth. ex complexu, C. lug. cit.*, y 4.° los hijos naturales no toman nada del testamento del padre sino á falta de hijos legítimos y de padres, *l.* 1. 2. *C. de nat. lib. Nov.* 82. *cap.* 12.

541. La herencia se llama *as* por los jurisconsultos, y se divide en doce onzas (*). Por lo cual dos onzas de la herencia, esto es $\frac{2}{12}$ se llaman *sextans* (**); tres onzas, *quadrans;* cuatro onzas, *triens*; cinco, *quincunx;* seis, *semix;* siete, *septunx;* ocho, *bes;* nueve, *dodrans;* diez, *decunx* ó *dextans;* once, *deunx*, §. 5. *Inst. e. t.* Sin embargo, el testador puede seguir ó la division natural, ó dividir el *as* en cuantas onzas quiera, *l.* 47. §. 1. *l.* 81. *pr. D. de hæred. Inst.* §. 5. *Inst. e. t.*

(*) La onza tambien se divide en varias partes. La media onza se llama *semuncia*; su cuarta parte *sicilicum*, *l.* 21. §. 2. *D. de ann. leg;* la sesta parte *sextula*; la vigésima cuarta *scriptulum*; la mitad de este *simplium*, y asi en adelante. El *as doble* se llama *dupondium;* el triple *tripondium* ; por lo que el *dupondio* consta de veinte y cuatro onzas, y el *tripondio* de treinta y seis. V. Volus Maccian y Balbo, *Libellos de asse.*

(**) Se les da estos nombres porque se atiende á las partes del *as* que contienen;

---

539. *Los hijos de los traidores.* Entiéndase de los hijos varones, pues á las hembras no se les niega la legítima en los bienes maternos. *d. l.*

Ilícitas. Mas no en sentido moral, como por ejemplo, las que repugnan á las buenas costumbres, sino en sentido jurídico, cuales son las corporaciones erigidas sin autorizacion del gobierno. * Cujacio trata de las causas porque no se podian formar corporaciones en Roma. *Obs. lib.* 7. *cap.* 31.

Al fin) Los declarados ímprobos y los que no pueden testar por la ley no pueden tampoco ser testigos. *L.* 26. *D. qui testum. fac. pos.*

540. *Instituido*) Nótense las elegantes palabras de los príncipes en el §. 8. de la *Inst. quib. mod. testam. infirm.; pues aunque somos superiores á las leyes vivimos sometidos á ellas.*

No toman) Pero si hubiese hijos legítimos, solamente se puede dejar á los hijos naturales juntamente con su madre una onza de la herencia. La concubina adquiere para sí sola media onza. No habiendo hijos legítimos, pero existiendo ascendientes del testador, debe dejarse á estos la porcion legítima, y podrá dejarse lo demas á los hijos naturales y á la concubina. *Aut. licet. C. de nat. lib.*

541. *Se llama as*) Esta palabra trae su origen del modo de testar por la moneda y la libra (*per æs et libram*). *As* proviene de *ære*, moneda, dinero; y como toda la herencia se compraba en especie por una moneda, de aqui la razon del axioma: *nadie puede morir parte testado y parte intestado. V.* Cuj. *Obs. lib.* 24. *cap.* 34.

esto es, dos onzas componen la sesta parte del *as*; tres onzas, la cuarta parte; cuatro, la tercera; seis, la mitad; ocho, dos terceras partes; nueve, tres cuartas, y diez, cinco sextas. El nombre de las cuatro primeras fracciones no ofrece dificultad ninguna, porque solo espresa en latin la sesta, la cuarta, la tercera parte, la mitad del *as*. Para significar dos onzas ó dos terceras partes, se deberia decir *bis triens*; palabras que reducidas á tres letras *bes*, conservan el mismo sentido. Con respecto á las tres cuartas y cinco sestas partes, no se espresa lo que contienen, sino lo que les falta para la unidad, esto es, una cuarta, una sesta parte, de suerte que la espresion latina corresponde á la española, un sesto menos, un cuarto menos. En efecto, *dodrans* no es otra cosa que la palabra *quadrans* contraida con el verbo *deun* que significa disminuir. En *dextans* indica el mismo verbo contraido con *sextans* la diminucion de una sesta parte. Siguiendo el mismo método, se ha formado la palabra *deunx* que espresa once dozavos, ó la diminucion de una onza sobre la unidad. En cuanto á las fracciones de cinco y de siete dozavos significan su nombre numérico, salva la pequeña contraccion de los nombres *quinque* y *septem*, para decir en una palabra *quinq-unx* y *sept-unx*. (*Nota del Trad.*)

542. No pudiendo nadie morir parte testado y parte intestado se sigue, que la herencia se ha de dividir de manera que no quede nada de todo el *as*.

543. De lo que se sigue: 1.º que si un heredero fuere instituido sin coheredero (*) en la sesta parte ó en cosa cierta, tomará todo el *as*, *l.* 1. §. 4. D. *de hæred. inst.*; 2.º que si se hubieren instituido muchos coherederos sin asignacion de partes, la herencia se dividirá entre ellos en partes iguales, §. 6. *Inst. e. t. l.* 9. §. 12. D. *de hæred. inst.*; de suerte que muchas personas conjuntas se tienen por una sola, *l.* 11. *l.* 13. *pr.* D. *e. t.*; 3.º que si sobra alguna cosa del *as*, acrezca á prorata á cada uno; y que si la herencia se divide en muchas onzas, las que escedan del *as* decrezcan á prorata á cada heredero, §. 7. *Inst. e. t.*; 4.º que si se han asignado partes á unas personas, y á otras no, las que fueren instituidas sin parte tomen la porcion sobrante, y si nada sobra se haga del *as* un *dupondio*; ó si aun asi no hubiese bastantes partes para todos, se haga un *tripondio*, á no ser que el testador añadiere: *sea Ticio heredero de la parte restante*, pues entonces acabado el *as*, Ticio nada toma, *l.* 17. §. 3. D. §. 6. 8. *Inst. e. t. l.* 18. *D. e. t.*

(*) Porque si hay coheredero, el que es instituido en cosa cierta, se tiene como legatario, *l.* 13. *C. e. t.*; si muchos son instituidos en cosa cierta, cada uno toma porciones iguales, aunque el testador les haya asignado cosas de precio desigual, *l.* 9. §. 13. *D. e. t.*; de suerte que cada uno tenga la cosa como prelegado, *l.* 35. *pr.* §. 1. *D. de hæred. inst.*

---

543. *Se tienen por una*) Porque tal se presume que fue la voluntad del testador; pero si constase que no quiso se tuviesen por una persona los conjuntos, asi se observará. *L.* 88. §. 6. *D. de legat.* ✱ Como si se hubiesen nombrado juntos por abreviar. *L.* 66. *D. e. t.*

Decrecen) Aunque todas estas reglas se refieren á la division solemne del *as* en doce onzas, es igual que se haga la computacion segun la division que el testador hace de la herencia. *L.* 13. §. 1. *D. e. t.*

✱ *Asignado*) A no ser que conste manifiestamente que el testador queria se observasen en el *as* las mismas partes que se designaban en la cosa cierta que señaló, como consta de la *ley* 9. *cit.* §. 13.

544. Del mismo principio se sigue; que el heredero puede ser instituido ó *puramente* ó *bajo de condicion*, pero no desde cierto dia ó hasta cierto dia. Por lo que si se prefija dia, se tiene por no puesto, á no ser que sea incierta su existencia, pues entonces se considera como condicion (*), §. 9. *Inst. e. t. l.* 75. *D. de condit. et demonstr.*

(*) Esto se entiende cuando no se sabe si ha de existir; porque si se supiere de cierto, aun cuando no llegara, y se prefijare á un estraño, entonces se tendrá por condicion. Lo contrario sucede si se prefija al mismo heredero, *l.* 9. *C. de hæred. inst. l.* 1. §. 2. *l.* 79. *pr.* §. 1. *D. de condit. et demonstr.*

545. *Condicion* es la circunstancia que suspende un acto hasta algun evento incierto (*). Los doctores la dividen, aunque inesactamente, en *posible* é *imposible* (**), y subdividen á aquella en *potestativa*, *casual y mista*.

(*) Por tanto, la condicion que se refiere al tiempo presente ó pasado, propiamente no es condicion, *l.* 10. §. 1. *D. de condit. inst. l.* 120. *D.* §. 4. *Inst. de verb. oblig.*; y asi no suspende la herencia, sino que ó la invalida, ó la confiere inmediatamente, pues se entiende que la condicion ha existido ó no ha existido.

(**) A la condicion imposible casi no puede aplicarse la definicion de la condicion, porque siempre es cierto que no ha de existir. Voecio, *elem. de derecho*, *e. t.* §. 8., dice, que la palabra condicion se debe tomar aqui en un sentido mas lato.

546. Llámase *potestativa* la que *depende del heredero*, v. gr. *si fuere ó no á Roma* (*). *Casual*, la que *depende de la Providencia, cuyas leyes rigen el orden inmutable de las cosas humanas*, v. gr. *si fuere elegido consul. Mista*, la que *en parte pende de la voluntad del heredero, y en parte de la suerte*, v. gr. *si Mevio siendo consul fuere á Roma*, *l.* 13. *D. de adquir. hær. l. unic.* §. 7. *C. de cad. toll.*

(*) Esta se divide en *afirmativa* y *negativa*; mas la negativa no suspende la herencia, sino que el heredero puede adirla inmediatamente, con tal que preste caucion de que no obrará contra la condicion. Esta caucion se llama Muciana, de ella se trata en la *l.* 7. *pr. D. de condit. et demonstr.* (Véase el §. 601.)

547. La condicion *imposible* lo es, ó por *naturaleza*, v. gr. *si*

---

544. *Se tiene*) Pues en la institucion hecha desde ó hasta cierto dia, la herencia deberia pertenecer al heredero *ab intestato*, desde ó hasta el dia que se señala, de suerte que el que hiciera tal institucion, moriria parte testado y parte intestado. *

* *Al mismo heredero*) Por ejemplo, si el testador dijese: *sea Ticio heredero cuando muriese*, la institucion seria pura, porque no hay duda que tiene que morir; pero si dijese: *sea Ticio heredero cuando muriese Cayo*, es incierto si llegara el dia viviendo el heredero, supuesto que este puede morir antes que Cayo. Tambien en los legados se tiene por condicion el dia que se refiere á otra persona distinta del legatario.

546. *Potestativa*) Propiamente hablando, no hay condicion potestativa, porque nunca puede obrar el hombre con absoluta independencia de los objetos y circunstancias, de suerte que esté seguro del resultado de sus operaciones. *

se agotare un rio, ó por *ley*, la cual resiste su cumplimiento, v. gr. *si matare á Mevio*; ó por *las buenas costumbres*, v. gr. *si bailare desnudo en el foro*; ó por *perplegidad de palabras*, esto es, si las palabras fueren tan contrarias entre sí que no pueda tener efecto la condicion, v. gr. *si Seyo fuere heredero, séalo Ticio; y si Ticio, séalo Seyo.*

548. Acerca de las condiciones posibles se deben observar las reglas siguientes: 1.ª al heredero suyo no puede prefijarse otra condicion que la potestativa, *l. ult. D. de cond. instit. l. 4. pr. l.* 5. 6. 86. *D. e. t.*; 2.ª si las condiciones posibles se pusieren copulativamente á un estraño, se han de cumplir todas; y si disyuntivamente, basta que se cumpla una de ellas; de lo contrario no valen ni la institucion de heredero, ni el legado, *l.* 5. D. *de condit. inst.;* 3.ª si la condicion se impusiere dejándola al arbitrio de un tercero y su falta de cumplimiento no procediere de culpa del heredero, se tendrá por cumplida, *l.* 3. 23. D. *lug. cit. l.* 5. §. 5. D. *quando dies leg. ced. l.* 161. D. *de reg. jur.*

549. Acerca de las condiciones imposibles se deben observar las reglas siguientes: 1.ª las imposibles por naturaleza, por ley ó por ser contrarias á la moral, se tienen por no puestas (*), *l.* 1. 20. *pr.* D. *de condit. inst. l.* 45. D. *e. t.*; 2.ª la condicion perpleja inutiliza la institucion, *l.* 16. *D. de condit. inst. l.* 188. *D. de reg. jur.*, mas no la prepóstera, *l.* 25. *C. de testam.;* 3.ª muerto el heredero ó el legatario antes de cumplirse la condicion, no transmite la herencia ó el legado á sus herederos, *l. 4. pr. D. quando dies legat. ced. l. un.* §. 7. *C. de caduc. toll.* Lo contrario se observa en los contratos.

---

547. *Por ley)* Aunque la condicion imposible y la torpe convienen en que ambas se tienen por no escritas, se diferencian en que la condicion torpe es verdadera condicion, porque el hecho que comprende es incierto, futuro y posible, y ademas el imponente quiere que se suspenda el acto mientras no se verifique aquel hecho; no obstante que la ley lo remita ó dispense. *Knorio.*

Tan contrarias) Pero no se tendrá por perpleja si aparece de las palabras que el testador invirtió el orden de la oracion equivocadamente, en cuyo caso llaman los jurisconsultos á esta *oracion prepostera*, v. gr., si dijese el testador: sea Ticio heredero hoy, si viniese tal nave de Asia mañana.

548. *Potestativa)* Y aun esta solamente en la parte que recibe ademas de la legítima, porque la legítima debe dejársele libre de toda carga: de aqui resultó la caucion de Socino, *sea heredero Ticio si se casase con Caya; sino se casase, herede tan solo la legitima.* * Pero si fuese instituido bajo condicion casual ó mista se tiene por preterido. Afirman varios que esto fue variado por Justiniano, y establecen que toda condicion, dilacion ó carga con respecto á la legítima, debia tenerse por no puesta; aunque se sostuviese con respecto á las demas partes de la herencia. *Arg. á la ley* 32. *y pen.* §. 1. *C. de inoff. testam.*

549. *Al fin)* Porque en los contratos se trata entre dos personas, y si interviene error y ninguno lo enmienda se presume que se separaron del contrato. Pero en las últimas voluntades solo interviene el testador, cuyo error se puede corregir facilmente, y ademas, porque no deben viciarse las últimas voluntades del testador. Cujac. *en la ley 4. D. de verb. oblig.*

(*) No sucede así en los contratos, pues estos se vician por cualquier condicion imposible, §. 10. *Inst. de inut. stipul. l.* 31. *D. de obl. et act.* La razon de diferencia es clara, porque cuando los contrayentes ponen una condición imposible, parece que ó se burlan, ó que estan dementes; mas el heredero ni consiente en semejante condicion, ni se juzga que el testador quiso que su voluntad fuese ilusoria.

«En España no es requisito indispensable para la validez del testamento la institucion de heredero. Todo testador puede dividir como quisiere sus bienes, si no tiene herederos forzosos, y si los tiene solamente podrá disponer de la quinta parte si fuere padre, y de la tercera si fuere hijo. Tampoco tiene lugar en las herencias el derecho de acrecer, de que se tratará al hablar de los legados, porque por nuestras leyes puede morir el testador parte testado y parte intestado, de suerte que la parte á que no señaló heredero, irá á sus herederos *abintestato*. Pero habrá derecho de acrecer si el testador manifestó su voluntad de que lo hubiese. Como puede morir el testador en parte testado y en parte intestado puede nombrar heredero desde y hasta cierto tiempo, supliendo su falta los herederos abintestato. Acerca de las personas que pueden ser herederos véanse las *leyes* 4. *tit.* 3. *y últ. tit.* 7. *part.* 6., *y* 5. *y* 6. *tit.* 20. *lib.* 10 *Nov. Recop.*»

TITULO XV.

De la sustitucion vulgar.

550. Sucediendo el heredero en el derecho universal del difunto, y estando por lo mismo obligado á pagar todas las deudas, facilmente sucedia que el heredero instituido no quisiese adir. Acontecia tambien con frecuencia, que el heredero, muriendo antes que el testador, ó padeciendo capitis diminucion, no pudiese adir la herencia y por lo mismo quedase destituido el testamento (577.) Finalmente, los padres que instituian á sus hijos impúberes ó dementes, temian muchas veces que estos muriesen intestados por no haber llegado á la pubertad, ó recobrado el juicio. Por este motivo se establecieron las *sustituciones* para que los testamentos no quedasen destituidos, ó los hijos impúberes ó dementes no muriesen intestados.

551. *Sustitucion es la institucion de un segundo, tercero, cuarto ó mas herederos para el caso en que falte el primero, l.* 1. *pr. l.* 36. *pr. l.* 43. §. 2. D. *de vulg. et pupill. substit.*

---

550. *No quisiese*) Esto se tenia por ignominioso, ya porque el heredero no suele repudiar la herencia sino á causa de las deudas que encierra, ya porque destituido el testamento faltando heredero, perecian ó desaparecian los dioses domésticos, lo cual se miraba entre los antiguos como cosa torpe para la familia. *

Al fin) Los romanos hacian muchas veces sustituciones por escluir al fisco de la herencia.

551. *Cuarto*) Vinio en la *Inst. e. t.* llama segundo sustituto al tercero, cuarto y demas, á la manera que se llaman segundas todas las nupcias despues de las primeras. Pero es mas esacta la opinion del autor; pues se halla en Suetonio la denominacion de tercer heredero en *Claud. cap.* 6. Knorio.

552. Debiendo dejarse la herencia con palabras directas é imperativas, y los fideicomisos con palabras oblicuas, se sigue, que si alguno sustituyere con palabras directas, la sustitucion es *directa*; pero si con oblicuas, es *fideicomisaria* (*), *l.* 7. *l.* 15. D. *l.* 5. *l.* 7. *C. e. t. l.* 64. *l.* 77. D. *ad. SC. Trebell.* Tratemos de la directa.

(*) Facil es de advertir la diferencia que hay entre una y otra, pues se sustituye directamente para el caso en que no exista el heredero instituido, ó muera dentro de la edad pupilar; y fideicomisariamente cuando se instituye heredero mandándole que restituya la herencia á otro á quien se instituye tambien, en cuyo caso tiene lugar la sustraccion de la cuarta trebeliánica. Sin embargo, muchas veces se hacen juntas estas dos sustituciones con palabras compendiosas. Hub. *Pos. rer. jud. Obs.* 72.

553. La sustitucion directa procede de dos causas (550.), y asi es de dos maneras, ó *vulgar*, ó *pupilar*, de las cuales la una tácitamente contiene á la otra, *l.* 4. *pr.* D. *l.* 4. *C. de vulg. et pupill. subst.* De aqui es que entrambas se dividen por los doctores en *espresas* y *tácitas*. Las demas especies que añaden los doctores pueden reducirse á estas dos. En este título se trata de la vulgar y en el siguiente de la pupilar.

554. La *vulgar* es *cuando cualquier testador sustituye al heredero para el caso en que este no lo fuere*, *pr. Inst. e. t.*

555. Pudiendo suceder que la persona instituida *no quiera* ó *no pueda* ser heredera, se sigue: 1.° que las palabras *si no fuere heredero* comprendan ambos casos; y 2.° que si solamente se hubiese espresado uno de ellos, el no espresado se contenga en el otro, *l.* 3. *C. de hær. inst. l.* 4. *pr.* D. *l.* 4. *C. e. t.*

---

552. *Palabras directas*) Las palabras *directas y civiles* convienen á los legados, á las instituciones y substituciones; las *rogatorias y oblicuas* á los fideicomisos. Son palabras directas: sea heredero, da, haz, toma, queda obligado, recibe, ten: *hæres esto*, *dato*, *facito*, *damnas esto*, *prescripto*, *càpito*, *sumito habetó*. Son oblicuas, suplico, ruego, deseo, encomiendo á tu cuidado: *precor*, *lego*, *cupio fidei tuæ committo*. A entrambas conviene el verbo *jubeo*. Cujac. *Obs. lib.* 11. *cap.* 25.

553. *Pupilar*) Entre la pupilar y la vulgar hay tres notables diferencias: 1.° puede sustituir vulgarmente cualquier testador; pupilarmente solamente el padre: aquella sustitucion pertenece á todos los herederos, esta solamente á los suyos que son impúberes: aquella se hace para un caso negativo, *sino fuere heredero;* esta para caso afirmativo, *si muriese antes de la pubertad.* * Ademas, en aquella sucede el sustituto al testador, y en esta al pupilo.

Contiene á la otra) Por ejemplo: si el padre instituyese al hijo *impuber* en esta forma: *sea heredero mi hijo Ticio;* y si no lo fuese, sea heredero Cayo: la cláusula *si no lo fuese* contiene tácitamente la de *si muriese dentro de la pubertad*, á no ser que muriendo el pupilo despues que el padre que hizo la sustitucion viviese su madre. *L. ult. C. de inst. et substit.* Asi pues, la sustitucion pupilar espresa contiene tácitamente á la vulgar. Vinio espone opiniones contrarias en la *Inst. tit. de pupill. substit.*

Las demas) Esto es, la cuasi pupilar y la militar; pero no son fáciles de reducir á las dos primeras, porque existen entre ellas muchas diferencias. *Knorio.*

555. *Se contenga)* Cujacio y otros autores en las notas á este título niegan que se contenga en el caso espreso el no espresado, porque no puede saberse cual es el caso espreso; pero no obstante, es esactá esta regla, porque el fin de la sustitucion vulgar

556. Siendo la sustitucion la institucion de segundo heredero, se sigue: 1.º que pueden sustituirse los mismos que pueden instituirse; 2.º que puedan sustituirse muchos en lugar de uno, uno en lugar de muchos, y uno en lugar de uno, §. 1. *Inst. l.* 36. §. 1. D. *e. t.;* 3.º que los herederos puedan sustituirse entre sí, cuya sustitucion se dice *recíproca ó mutua* (*), *l.* 4. §. 1. D. *e. t. l.* 64. *D. de legat.* 2.

(*) Los doctores la llaman *brevilocua*, vocablo bárbaro, inventando una tercera especie de sustitucion, que en realidad es la *vulgar*, y casi inútil, porque los coherederos gozan mutuamente del derecho de acrecer, aunque no sean sustituidos entre sí.

557. Por cuanto el segundo heredero se sustituye para el caso en que falte el primero, se sigue: 4.º que si hubiere duda sobre la parte en que se sustituye, el sustituto se entiende llamado á la misma parte que recibiria el instituido, §. 2. *Inst. l.* 24. D. *e. t.*; 5.º muerto el sustituto antes que el instituido, *l. unic.* §. 5. *de caduc. toll.*, ó adiendo este la herencia (*), espira la sustitucion, aunque si el que adió la herencia fuere menor sea restituido contra la adicion, *l.* 3. §. 4. *l.* 7. §. 10. D. *de min. l.* 5. *C. e. t.*

(*) Esceptúase el caso del §. *ult. Inst. e. t.*, y la *l.* 40. 41. *D. de hæred. inst.*, porque si fuere instituido heredero el siervo ageno á quien el testador consideraba como padre de familia, y Mevio le fuere sustituido vulgarmente, adiendo el siervo la herencia por mandato del amo, se admite Mevio sin embargo en una parte. Pero ¿en cuál? En dicho §. *ult.* y *l.* 41. parece que se habla de la mitad; mas en la *l.* 40. se dice: por tanto, en este caso háganse dos mitades, de suerte que la una se divida entre aquel que fuere dueño del heredero instituido, y el sustituto: *igitur in hoc casu semisses fient, ita ut alter semis inter eum qui dominus instituit hæredis fuerit et substitutum dividatur.* Por lo cual *Cujacio* sagazmente dice, que se debe leer *as*, en vez de las palabras *alter semis* (otra mitad), pues supone que los amanuenses fingieron cifras ó letras particulares que fueron interpretadas: *alter semis* (otra mitad). Pero bien pueden conciliarse ambas opiniones, porque la ley 40. manifiestamente contiene dos casos. El primero es cuando un padre de familia habia instituido á Ticio siervo, á quien consideraba como ingenuo, y le habia nombrado de sustituto á Sempronio. Adiendo Ticio la herencia, se preguntaba si Sempronio seria admitido en parte. Juliano responde en dicha *l.* 40., *que puede decirse que Sempronio es admitido en parte de la herencia* (á saber, en la mitad). El otro caso es cuando un padre de familia habia instituido á Ticio ingenuo, pero reducido despues á servidumbre, y le habia nombrado de sustituto á Sempronio. Adiendo Ticio la herencia por mandato del amo, se preguntaba si Sempronio seria admiti-

---

es que no queden destituidos los testamentos (550.), como sucederia si el un caso no comprendiese al otro. Sin embargo, esta condicion debe interpretarse segun la voluntad del testador, y en efecto se toma en diferentes sentidos muchas veces, segun las diferentes cualidades del heredero instituido. *V.* Vin. *n.* 3. *y* 4.

557. *Contra la adicion*) Voet. y otros autores llevan la opinion contraria, *Pand. tit. de vulg. et pupill. substit. n.* 14., fundándose en la autoridad de la ley 44. D. *de re judic.*; pero una es la razon del pupilo heredero suyo que se mezcla en la herencia, absteniéndose de ella despues, y otra la del menor; como el mismo Voet. parece reconocer en el *tit. de adquir. vel omit. hæred.* Vinnio, *quæst. select. lib.* 1. *cap.* 14. y Hub. á las *Pand. e. t.*, sostienen la opinion del autor.

do, y ¿en qué parte? Juliano responde en *d. l.* 40.: *la espresion, si no fuese heredero, pertenece á aquellos que instituidos herederos cuando eran padres de familia, fueren despues esclavizados. Por tanto, en este caso se harán herederos de la mitad, de suerte que la una se divida en partes iguales entre aquel que fuere dueño del heredero instituido y el sustituto*, y la otra quedará en poder del dueño; cuya condicion en este caso era mejor, porque el testador no se habia equivocado como en el primero acerca del estado del heredero instituido. Por tanto, no hay necesidad de correccion, ni motivo para atribuir á Juliano *una locucion impropia.* Del mismo modo pensaron Marcoly Klama *Menbran. Lib.* 5., y Osu. Hillig. *Donell.* Enulç. *Lib.* 6. *cap.* 24.

558. Finalmente, como las instituciones se inventaron para que no quedasen destituidos los testamentos, infirieron los jurisconsultos; 6.º que el sustituto del sustituto lo es tambien del instituido, §. 3. *Inst. e. t.*

»Nuestro derecho está conforme con el romano en esta materia. »Véanse las *leyes* 1. *y sig. del tít.* 5. *Part.* 6.»

TITULO XVI.

De la sustitucion pupilar.

559. Siendo el fin de la sustitucion *pupilar* que los hijos impúberes no muriesen intestados (550.), facilmente se percibe que es, la *sustitucion hecha á los hijos impúberes que estan bajo la potestad del testador, y que muerto este no han de recaer bajo la de otro, para el caso en que mueran siendo todavia impúberes, pr. Inst. e. t. l.* 8. *C. de impub. et al. subst.*

560. De esta definicion nacen los axiomas siguientes: 1.º que el fundamento de la sustitucion pupilar es la patria potestad (139. 10.); 2.º que su causa es la poca edad del hijo, dentro de la cual no puede testar; 3.º que la sustitucion pupilar abraza dos testamentos,

---

* *Al fin*) Los jurisconsultos Teófilo, Cujacio, Vinnio, Everardo Oton, y Jacobo Godofredo opinan que adquirirá la mitad, segun el sentido de la palabra porcion. (Ulp. *fr.* 164. §. 1. *de verb. sig.*) Los autores que pretenden establecer una parte desigual se fundan en el equívoco de una leccion corrompida, ó de una idea mal esplicada en el testo de Juliano (*fr.* 40. *de hæred. inst.*), para atribuir las tres cuartas de la herencia á uno de los copartícipes. Pero acerca de á cual sea no estan acordes. *Du Caurroy.* (*Nota del trad.*)

558. *Lo es del instituido*) Sin que obste la respuesta de Scévola en la *ley* 47. *D. e. t.*, pues alli se contienen dos sustituciones pupilares. V. Voet. á las *Pand. tit. de vulg. et pupill. substit.*

559. *No muriesen intestados*) La sustitucion pupilar solo tiene efecto para mientras llegase á la pubertad el instituido, pues hasta entonces podia el padre testar por el impuber que no podia hacer testamento; razon que cesa en cuanto este cumple la pubertad, á cuya edad pueden testar por sí los impúberes que son de su derecho. * Es cuestion si la sustitucion hecha para mas tiempo que el de la impubertad puede reducirse á fideicomiso; la opinion de los que llevan la negativa es mas esacta que la de los contrarios, principalmente por las palabras de Papiniano en la *ley* 7. *D. e. t.*

560. *Abraza dos testamentos*) Ya por haber dos instituciones de heredero, y ya

no en razon de las solemnidades esternas, sino por la doble institucion de heredero que se hace, §. 2. *Inst. e. t. l.* 2. §. 4. *l.* 16. §. 1. *l.* 20. §. 1. D. *de vulg. et pup. subst.*

561. Siendo la patria potestad el fundamento de esta sustitucion, se sigue: 1.° que solamente el padre puede hacerla, y que la madre solo pueda sustituir vulgarmente, porque los hijos no estan bajo su potestad (36.), *pr. Inst. l.* 33. *D. e. t.*; 2.° que el padre sustituye solamente á los hijos suyos y póstumos no emancipados (190.); pero 3.° no á los nietos que han de recaer bajo la patria potestad á no ser que lo haga segun la fórmula de la ley Junia Veleya, *l.* 2. *pr. D. e. t.*; 4.° que pueda sustituir aun á los desheredados (192.), *l.* 1. §. 2. *l.* 10. §. 5. *D. e. t.;* pero ni á ellos ni á sus sustitutos puede imponer el gravamen de entregar legados (*), *l.* 41. §. 3. *D. e. t. y l.* 41. §. 3. D. *de testam. milit.;* 5.° que se acaba la sustitucion si el hijo fuere emancipado por el testador antes de su muerte, ó si fuere arrogado despues de ella; lo que no se debe permitir sin pleno conocimiento de causa, *l.* 17. §. 1. D. *de dopt.*

(*) Porque es regla general que á *ninguno se ha de gravar en mas de lo que se le hubiere beneficiado*, *l.* 9. *C. de fideic. l.* 114. §. 3. *l.* 122. §. *ult. D. legat.* 3. §. 1. *Inst. de sing. reb. per fideic. relict.*

562. Siendo la causa de esta sustitucion la corta edad, dentro de la cual no pueden los hijos hacer testamento, se sigue: 6.° que solo puede sustituirse al hijo hasta los años de la pubertad, *l.* 14. D. *e. t.*, aunque pueda hacerse por un tiempo mas corto, *l.* 21. D. *e. t.*;

---

porque tiene que esperarse á que mueran dos personas, sin que baste una adicion. Con respecto á las solemnidades esternas solamente comprende un testamento, sin que se necesite mas de siete testigos, ni se duplique ninguna otra solemnidad. * Ademas solo hay un testador y solo se detrae una cuarta Falcidia. Disienten sin embargo acerca de esto algunos autores, como observa Merill. *Obs. lib.* 3. *cap.* 12.

561. *A los hijos suyos*) Y si fuesen muchos sustituye á cada uno para que ninguno muera intestado, ó nombre sustituto á un estraño para el caso de que muriese el último, de suerte que se guarde siempre en los hijos la sucesion *ab intestato.*

La ley Junia Veleya) Debiendo ser instituidos ó desheredados, si eran preteridos rompian el testamento del abuelo y tambien las disposiciones pupilares. V. el §. 523. * La fórmula de la ley Junia Veleya es la siguiente: *filius meus hæres esto: si hic hæres suus esse desierit, nepos ex eo hæres esto: si et hic intra pubertatis annos decœsserit, Mævius ipsi substitutus esto.* * Sea heredero mi hijo; si dejase de ser heredero suyo, séalo mi nieto, hijo suyo, y si este muriese antes de llegar á la pubertad, sustitúyale Mevio. *

A los desheredados) Por derecho nuevo apenas puede tener esto lugar, porque segun la *Nov.* 115. *cap.* 3. no hay ninguna causa suficiente para desheredar al hijo impuber. * En el caso que tenga lugar, el testador sustituye no en sus bienes, sino en los del exheredado que no le vienen por medio del testador.

Emancipado) Teniendo que dar fianza el arrogador de que restituirá todo cuanto perciba de los bienes del pupilo á aquellas personas en quienes hubieran recaido los bienes del pupilo arrogado, á haber permanecido en su estado, L. 18. y 19. *D. de adot.*, se sigue, que no se acabe la sustitucion pupilar por la arrogacion. *Knorio.*

7.° que si el pupilo llegare á la pubertad se acabe la sustitucion, *l.* 14. D. *lug cit.*, como tambien si se cumpliere el tiempo por el cual se sustituyó, *l.* 21. D. *lug. cit.*

563. Finalmente, abrazando la sustitucion pupilar dos testamentos, se infiere: 8.° que el padre no puede sustituir al hijo, á no ser que primero haga testamento para él, y despues de haber nombrado su heredero le nombre tambien para el hijo, *l.* 2. §. 4. *y ult. D. e. t.* §. 2. *Inst. e. t.*; 9.° que en llegando el caso de la sustitucion, el sustituto no solamente tome los bienes adquiridos del padre, sino todos los adventicios, escluyendo á todos los parientes, y aun á la misma madre, *l.* 8. §. 5. *D. de inoff. test.*, la cual no puede pedir ni aun la legítima (*), *l.* 8. §. 15. *D. lug. cit*; 10. que invalidado el testamento del padre (**) tambien lo sea la sustitucion, porque esta es una secuela de aquel, §. 5. *Inst. l.* 2. *pr. D. e. t.*

(*) La equidad y el argumento que se saca de las *ll.* 30. *D. y* 32. *C. de inoff. test.* inducen á creer que debe conservarse salva á la madre la legítima de los bienes adventicios del hijo.

(**) A no ser que el testamento del padre se rescindiese por la querella de inoficioso, pues entonces subsiste todo lo dispuesto en él, menos la institucion de heredero. *Nov.* 115. *cap.* 3. §. *ult.*

564. Por la *l.* 9. *C. de impub. et al. subst.* se estableció á ejemplo de la pupilar otra sustitucion que se llama *ejemplar*, *cuasi pupilar*, y tambien *Justiniánea.* No pudiendo testar los furiosos, mentecatos ó destituidos de sentidos, y no queriendo sus padres que muriesen intestados (550.), Justiniano les concedió, en atencion á los vínculos de la sangre, y al afecto comun de todos los ascendientes, la facultad de que pudiesen nombrar sustitutos á sus hijos para el caso en que muriesen en tal estado, §. 1. *Inst. e. t.*

---

563. *Primero*) No importa que preceda la sustitucion á la institucion, con tal que el órden de la escritura no vicie la causa del derecho y de la voluntad. L. 77. §. 12. *D. de legat.* 2.

No solamente tome) A no ser que el arrogador sustituyere al impuber arrogado; en cuyo caso no se estiende la sustitucion á los bienes del pupilo. L. 40. *D. e. t.* La razon de esta escepcion se demuestra en la nota de Knorio arriba inserta.

Al fin) De este principio se sigue, que el padre puede nombrar sustituto ya para sus bienes, ya para los del hijo impuber.

564. *Al efecto*) Nótese el fundamento de esta disposicion, pues por él se conocerá por qué pueden sustituir de este modo, no solamente el padre sino la madre, el abuelo y la abuela, siendo asi que no se les concede en la pupilar. Derívanse tambien de este principio los demas derechos de que se habla en el párrafo siguiente.

Los padres y las madres. Deberá preferirse la sustitucion paterna? Vasquio, *de suces. lib. set.* 19., lo afirma; otros autores opinan que el sustituto paterno sucede en los bienes paternos, y el nombrado por la madre en los maternos.

Les parezca.) Aunque no se habla aqui del padre ni de la madre, lo que no deja de sea raro, no hay duda que tampoco se podrá preterir al padre ó á la madre, porque esta sustitucion emana solamente de la humanidad y afecto.

565. Por tanto, no es el fundamento de esta sustitucion la patria potestad, sino el *afecto de los padres hácia sus hijos.* De aqui se sigue: 1.° que puedan hacerla los padres y las madres; 2.° que se dé á los hijos dementes instituidos á lo menos en la legítima, y no á los desheredados, §. 1. *Inst. e. t. l.* 9. *C. de impub. et al. subst;* 3.° que deban mirar por el bien de sus descendientes, y por lo mismo sustituyan primeramente á los hijos del furioso ó del mentecato; faltando estos, á sus hermanos y hermanas, y no habiéndolos, á quien mejor les pareciera, *d. l.* 9.

566. Inventándose esta sustitucion porque semejantes hijos no pueden testar (564.), se infiere: 1.° que no solamente pueda sustituirse á los furiosos y mentecatos, sino tambien á los pródigos, sordos y mudos aunque sean púberes; y 2.° que se acabe esta sustitucion luego que el furioso recobre su juicio, el pródigo la administracion de sus bienes, y el sordo-mudo sus sentidos, *d. l.* 9.

567. Suele añadirse á estas *sustituciones la militar*, pues como el militar está exento de todas las leyes de la testamentifaccion, no le obligan las reglas de la sustitucion; por lo cual se llama esta *privilegiada.* Síguese pues de aqui, que el militar pueda sustituir á los hijos púberes, á los estraños en el caso que hayan de ser herederos, y en cualquier tiempo que murieren; pero esto se entiende respecto de los bienes que heredaren de él, *l.* 15. *D. de vulg. et pupill. substit. l.* 6. *C. de testam. mil. l.* 8. *C. de impub. et al. subst.*

»Por nuestras leyes tambien se sustituye al desheredado; pero como »en el menor de diez años y medio no cabe desheredacion, no podrá »dársele sustituto pupilar sin que se le instituya. *L.* 5. *y sig. del tit.* »5. *Par.* 6.ª»

TITULO XVII.

De qué modos se invalidan los testamentos.

568. Los testamentos se invalidan de varios modos, y los jurisconsultos muy escrupulosos en escoger palabras los distinguen con otros tantos nombres, llamándolos *nulos, injustos, rotos, irritos, destituidos* y *rescindidos.*

---

566. *Sordos y mudos*) Niegan algunos autores que la citada constitucion de Justiniano en que solamente se trata de los hijos dementes, deba estenderse á los furiosos; otros escluyen tambien á los pródigos, á los sordos y á los mudos. Pero yo convengo con Heinecio, porque donde hay la misma razon debe haber la misma disposicion.

Aunque sean púberes. Antes del tiempo de Justiniano se debia impetrar del príncipe la facultad de testar por los hijos púberes que no podian hacerlo por sí á causa de defecto moral ó físico. L. 43. *D. de vulg.* L. *pupil. substit.*

Recobre su juicio) ¿Y qué deberá hacerse si recobrado el juicio no hiciere testamento? Entonces deberá atenderse á si recayó en la locura, ó si estuvo en su entero juicio hasta su muerte. En el primer caso, vale la sustitucion cuasi pupilar, y en el segundo sucederán los herederos abintestato. V. Zuichano *a. e. t. n.* 19.

569. 1.º *Nulo* es el que desde el principio no subsiste ó por defecto de solemnidad interna, esto es, de institucion de heredero, v. gr. si fueren preteridos los hijos suyos ya nacidos (*) (526.), *l.* 1. *D. de injust. rupt. irr.*, ó por inhabilidad del testador, *l.* 1. *D. e. t.*

(*) Pues los emancipados y póstumos preteridos no anulan el testamento del padre, supuesto que se hizo desde el principio conforme á derecho, *l.* 3. §. 4. *D. lug. cit.*; pero aquellos piden la posesion de los bienes, y estos lo rompen con su nacimiento. Lo mismo se debe decir de los preteridos por la madre ó por el abuelo paterno, los cuales no impugnan el testamento con la queja de nulidad, sino con la de inoficioso, Ulr. Hub. *Prælect. Inst. lib.* 2. *tit.* 15. §. 2. *y sig.*

570. *Injusto* se dice *el que no subsiste desde el principio por no haberse hecho segun la ley*, *y* por haberse *omitido en él las solemnidades esternas*, *l.* 1. D. *de injust. rupt. irr. test.*

571. Nada de lo dispuesto en los testamentos nulos é injustos es válido, y asi no subsisten ni los legados, ni ninguna de las otras cosas dejadas en ellos, segun aparece claramente de la *Nov.* 115. *cap.* 3., la cual no trata de la querella de nulidad, sino de la de inoficioso, *Huber. prælec. á la Inst. lib.* 2. *tit.* 13. §. 2. Sin embargo, los injustos se sostienen algunas veces por medio de la cláusula codicilar, de que se tratará despues, §. 685. *y sig.*

572. Se *rompe* el testamento *cuando permaneciendo el testador en el mismo estado se vicia el derecho del testamento*, §. 1. *Inst. e. t.*, y esto se verifica: 1.º por la agnacion del póstumo, bien sea *natural*, si despues de la testamentifaccion nace al testador un heredero suyo, ó *civil*, si el testador arroga ó adopta á un descendiente, legitima al natural, ó el nieto sucede en lugar del heredero suyo, §. 1. 2. *Inst. de exhær. lib.* §. 1. *Inst. e. t.* §. 2. *Inst. de hær. qui abintest.*

573. Verificase tambien; 2.º cuando se muda la voluntad del testador, ya sea que este haga nuevo testamento conforme á derecho, §. 2. *Inst. e. t. l.* 1. *y* 2. *D. de injust. rupt. irr.* (aunque no exista

---

569. *Preteridos los hijos*) Pero si el hijo preterido se abstuviese de la herencia paterna, se sostiene el testamento por equidad. L. 17. *D. de injust. rupt.*

570. *Solemnidades esternas*) Con tal que se requieran, pues si el testamento fuere menos solemne, v. gr. hecho ante el príncipe ó ante el juez, no se hace injusto porque se omitan estas solemnidades. *

571. *De inoficioso*) Es muy distinto el efecto que resulta de anularse ó hacerse injustos los testamentos que de rescindirse por la queja de inoficioso, pues en aquellos se invalidan todas las disposisiones que contiene el testamento, pero en estos solamente la institucion de heredero. *

572. *Arroga*) Pero no se romperá si el testador arroga al heredero instituido. L. 18. D. *de injust. rup. irr.*

Del heredero suyo) Esto tenia lugar antiguamente por pasar la esposa del hijo al poder del testador, despues de hecho el testamento.

Id. Para que no se rompa el testamento por la agnacion de los póstumos debe tenerse la precaucion de instituir eventualmente, como suele decirse, á todos los herederos suyos que pudieran nacer en lo sucesivo, en cuyo caso no rompen el testamento cuantos nacieren. *

573. *No existiese*) La razon es, porque la adicion de la herencia no perte-

heredero del posterior, §. 2. *Inst. e. t.*, se añada al primero cláusula derogatoria (*), *l.* 6. §. 2. D. *de jur. codicill.*), ya que revoque el primer testamento delante de tres testigos á lo menos, y transcurra el espacio de diez años, *l.* 27. *C. de testam.*, ya que borre, enmiende, corte ó rasgue alguna cosa de él, ó que arranque los sellos (**), *l.* 1. D. *de his quæ intent. del.*

(*) Algunas veces subsiste el primer testamento: 1.° si el posterior fuere nulo por la preterición del hijo, *l.* 16. §. 1. *D. de vulg. et pupill. subst.*; 2.° si el testamento posterior no contuviere institucion de heredero, *l.* 11. *D. de injust. rupt. irr. test.*; 3.° si no existiere la condicion de presente ó de pasado puesta al último testamento, *l.* 16. *D. lug. cit.* Cuando no consta cual de los dos testamentos es el posterior, entonces se sucede en virtud de uno y otro, *l.* 1. §. 6. *D. de bon. possess. sec. tab.* Finalmente, si el testador instituyere en el último testamento á alguna persona en cosa cierta, y mandare que el primero deba tambien valer, entonces se supone que al heredero nombrado en la cosa cierta se le ruega que restituya los demas bienes al heredero instituido en el primer testamento, §. 3. *Inst. e. t.*

(**) Porque la testamentifaccion es acto *unilateral*, y estos son de tal naturaleza que ninguno puede imponerse á sí mismo por ellos una ley de la que no le sea lícito arrepentirse, *l.* 6. §. 2. *D. de jur. Codicill.* La verdadera razon de la regla consiste en que el hombre puede variar su voluntad hasta la muerte, *l.* 4. *D. de adim. vel transfer. leg.*

574. Todo lo que se ha dejado en el testamento roto se invalida, á no ser que se sostenga por beneficio del pretor, el cual suele dar la posesion de los bienes conforme al testamento roto: 1.° si el póstumo que le rompió muere vivo el testador, *l.* 12. D. *de injust. rupt. irr.*, ó 2.° si este rompe el posterior con la intencion de que subsista el primero, *l.* 11. §. 2. D. *de bon. poss. sec. tab.*

575. Es *írrito* el testamento, *si el testador muda de estado*, esto es, si padece capitis diminucion máxima, media ó mínima, §. 4. *Inst.*

---

nece á la sustancia ó á la perfeccion del testamento, y porque el testamento una vez roto no recobra su validez. *Vinio.*

Derogatoria) Aun cuando interviniere juramento, pues si bien el testador cometeria perjurio, no subsiste el primer testamento; porque nadie puede imponerse ley alguna á sí mismo de que no pueda separarse. V. la elegante disertacion de Eur. Cocceyo *de las cláusulas testamentarias.* *

Borre, enmiende) Con tal que el testador lo hiciere de propósito, pues no siendo asi, no serán válidas las enmiendas ó borrados que hubiere. V. *la ley* 1. *y sig. D. de his. quæ in test. delent.*

Al fin) Tambien se rompe el testamento en que se nombran herederos estraños, por el testamento posterior imperfecto en que se nombra á los próximos agnados. La razon la indica Bynkershoek. *Obs. jur. Rom.* Stor.

* *Es posterior.* Como si el testador hubiese firmado á un mismo tiempo ambos testamentos, *D. l.* 1.

574. *Suele dar*) Los dos casos aqui espresados se comprenden en la regla general: *siempre que desaparece el impedimento que invalida el testamento, da el pretor la posesion de los bienes, conforme al testamento roto.*

Vivo el testador) Mas no si muriese despues que el testador; porque entonces siendo heredero del padre *ipso jure* trasmite al morir la herencia adquirida á cualquier heredero.

575. *Máxima*) Pero si el testador cautivo volviese á su patria, se revalida el testamento por derecho de *postliminio*, segun el cual se fingia que nunca habia

e. t. l. 6. §. 5. D. *de injust. rupt. irr. test.*, porque haciéndose siervo por la capitis diminucion máxima, peregrino por la media, é hijo de familia por la mínima, y no pudiendo hacer testamento el siervo, el peregrino ni el hijo de familia, es claro que el testamento se reduce á un caso en que no pudo tener principio, *l.* 98. *pr.* D. *de verb. oblig.*

576. El pretor sin embargo sostiene muchas veces este testamento y concede al heredero nombrado la posesion de los bienes con arreglo á las disposiciones testamentarias, cuando el testador volviere á ser ciudadano romano y hombre de su derecho, ó si hecho írrito el testamento por la mínima capitis diminucion, volviese á hacerse padre de familias el abrogado y declarase perseverar en las mismas disposiciones (*) al tiempo de su muerte, §. 6. *Inst. e. t. l.* 12. *pr. D. de injust. rupt. irr. l.* 11. §. 2. *D. de bon. poss. sec. tab.*

(*) Cuando se hacia írrito el testamento por arrogacion del testador, como todos los bienes pasaban al adrogante, se consideraba esta enagenacion implícita y voluntaria como un cambio de voluntad, y este cambio bastaba para impedir al Pretor que sostuviese un testamento ya invalidado por derecho civil. Por eso no se daba la posesion *secundum tabulas*, sino cuando el adrogado hecho padre de familia declaraba perseverar en las mismas disposiciones. Esta declaracion no forma otro testamento, pues solamente renueva el que, infirmado por derecho civil, ha conservado segun el derecho pretorio toda la fuerza que el testador ha querido conservarle. Se trata solo de probar que no ha habido cambio de voluntad, como lo hacia presumir la arrogacion, y para destruir esta presuncion basta que el testador manifieste su intencion contraria. (*Nota del Trad.*)

577. El testamento se llama *destituido cuando en él no existe heredero, ya sea porque no haya querido ó porque no haya podido adir la herencia por haber muerto, ó no haberse cumplido la condicion* §., 7. *Inst. de hæred. qui ab intest.* Por tanto en estos casos el difunto queda intestado, *pr. Inst. e. t. l.* 181. *D. de reg. jur.*

578. Finalmente, se *rescinde* el testamento por la querella de inoficioso, de que se trata en el título siguiente.

»Entre nuestro derecho y el romano se advierten algunas diferen»cias acerca de las causas que invalidan ó anulan el testamento. 1.ª El »nacimiento de un hijo no instituido rompe el testamento en que se »instituyó á un estraño, sin que sirva la deslieredacion, porque la ley

---

estado en cautiverio. Si muriese el testador en cautiverio, se revalida tambien por la ley Cornelia, que fingia haber muerto el cautivo en la ciudad.

Al fin) Tambien se hace írrito el testamento de los que teniendo causa pendiente, se dieron muerte, por no ser condenados por su delito, *L.* 6. §. 7. *D. e. t.*, y de los declarados enemigos de la patria *L.* 5. §. 1. *D. de cap. min.*

576. *De la muerte*) El pretor seguia para tales casos esta regla: si cesare el impedimento por el cual el heredero no puede adquirir la herencia, el pretor dará á este la posesion de los bienes, no obstante que por derecho civil no se revalida el testamento una vez invalidado.

577. *Intestado*) Y no tienen efecto ninguna de las disposiciones testamentarias, como los legados, fideicomisos &c. Pues si nadie admitiese la herencia, se destruye toda la fuerza del testamento, como dice Paulo. *L.* 171. *D. de reg. jur.*

»no la admite contra el menor de diez años y medio. Igual efecto pro- »duce la adopcion ó arrogacion que hace el testador, sin esceptuarse »el caso en que el adoptado fuese instituido. Pero en todos estos casos »solamente se romperá en cuanto á la institucion, valiendo los legados, »mandas &c. Si el testador tiene hijos y le nace otro, este, sin anular »el testamento entrará á la parte con los demas. *L.* 20. *tit.* 1. *Part.* 5. »2.° La ley 22 del mismo título dispone, que si el testador otorgó el pri- »mer testamento con cláusulas derogatorias, y no se hiciese mencion »de ellas en el posterior, no se derogará el anterior. Y la ley 21. del »mismo título, que si el testador ordenase segundo testamento, porque »creia muerto al heredero instituido en el primero, y no fuese asi, es »válida la institucion del primero y pasa á él la herencia, quien debe- »rá prestar los legados contenidos en ambos testamentos. Mas no se »anulará el testamento anterior por el posterior si este no contuviese »disposiciones opuestas al primero, pues por la *ley* 1. *tit.* 18. *lib.* 10. »*Nov. Recop.* se permiten las disposiciones parciales, esto es, morir »parte testado y parte intestado. 3.° El testamento existirá á falta de »aceptacion, sucediendo en lugar del heredero nombrado los *abintes-* »*tato. L.* 1. *cit. Nov. Recop.* 4.ª Segun la *ley* 4. *tit.* 5. *Nov. Recop.*, »pueden los hijos testar; asi pues, no hace írrito el testamento la mí- »nima *càpitis* diminucion, ni la media ni la máxima, pues tambien los »espatriados pueden disponer de sus bienes, á no ser que se les hayan »confiscado, y lo mismo los estrangeros, y los condenados á muerte »en los bienes que les quedaren. *L.* 2. *tit.* 12. *lib.* 1. *Nov. Recop.* L. 3. »*tit.* 18. *lib.* 10. *Nov.*»

TITULO XVIII.

Del testamento inoficioso.

579. Se ha dicho en el §. 520. que los padres tuvieron antiguamente libre facultad de desheredar á los hijos; pero como muchas veces procedian injustamente, poco á poco empezaron á impugnarse los testamentos en que se hacian semejantes exheredaciones con la *querella de inoficioso*, la cual no se estableció por las constituciones de los príncipes, por el edicto del pretor, ni por cierta ley Glicia, sino por las costumbres é interpretacion de los jurisconsultos, segun digimos en *nuestras Antigüed. Rom. e. t.* §. 5. *ult. edic.*

---

579. *Ult. edic.*) El autor en la primera edicion juzgaba, siguiendo á Cujacio, que la queja de inoficioso testamento se habia establecido por la ley Glicia.

Al fin) El origen de la queja de inoficioso no proviene de la ley Glicia, porque esta ley jamás existió; ni del edicto del pretor, porque consta por la *ley* 8. *pr. D. de bonor posess. cont. tab.*, que el pretor no socorria á los desheredados, ni finalmente de las constituciones de los príncipes, porque Ciceron hace mencion de esta queja en tiempo de la república libre. V. Siccama *de centumvirali judicio*. Segun Bynkershoek se derivó de las costumbres; lo mismo siente á Costa *Ins. e. t.* Du Caurroy opina que se originó de la interpretacion de los prudentes, y lo mismo Pothier y Vinnio.

580. No concediendo las leyes ni el pretor recurso alguno á los hijos injustamente desheredados, los jurisconsultos astutamente inventaron el modo de atacar el testamento del padre, suponiendo que el padre que so color de demencia procedia contra su sangre tan injustamente no estaba en su sano juicio. Bynkershoek. *Obs. lib.* 11. *cap.* 12. Esta accion se llama *querella*, porque se decia que los cognados propiamente no acusan ni litigan, sino que se *quejan* entre sí. Voss. *Inst. orat. lib.* 1. *cap.* 6. §. 2. Se llamó querella de *inoficioso* porque al modo que los beneficios se ejercen respecto de los estraños, asi los *oficios* se ejercen entre aquellos á quienes los vínculos de sangre inducen y obligan á socorrerse (*). Senec. *lib.* 3. *de benef. cap.* 18.

(*) Por inoficioso se entiende aqui un acto contrario á aquella especie de deber que imponen recíprocamente á ciertas personas el afecto, la sangre, la amistad y el reconocimiento, y que los latinos distinguen con la palabra *officium.* (*Nota del Traductor.*)

581. Asi como el *testamento inoficioso es aquel que se hace rectamente segun derecho*, *mas no segun los oficios de piedad*, esto es, *segun los sentimientos de la naturaleza*, *l.* 2. y 3. *D. e. t.*; ó bien, aquel en que han sido preteridas ó exheredadas sin justa causa las personas á quienes se debe la legítima (*), asi la *querella de inoficioso*, es *una accion por la cual aquellos á quienes se debe la legítima*, *injustamente desheredados ó preteridos*, *proceden contra los herederos instituidos para que se rescinda el testamento*, *á pretesto de que el testador no estaba en su entero juicio.*

(*) Antiguamente se daba á todos los cognados, y aun á los estraños amigos del testador, Valerio Max. *lib.* 7. *cap.* 7.; mas despues que se estableció la legítima, solamente se concedió á las personas á quienes esta se debia, *l.* 1. *D. e. t.* De lo que

---

580. *So color de demencia)* Esto se funda en las *leyes* 2. *y* 3. §. 1. *D. e. t.*, donde se finge que está demente el que sin justo motivo deshereda á sus hijos. Y no se admite la prueba contraria, á saber, la de que el testador estaba en su sano juicio, porque la pretericion ó desheredacion injusta prueba suficientemente la demencia. ✻

Contra su sangre) Teófilo espresa esta idea con suma elegancia, diciendo: *porque aborrecia la naturaleza sin causa alguna.*

581. *O preteridos*) Entendiéndose que lo son por la madre ó por el abuelo paterno.

Accion) Y aun la misma peticion de la herencia, como espresamente la llama la *ley* 3. *c. de hæredit. petit.* En vano se opone, que el actor no pide la herencia por el testamento ni abintestato; pues que el actor quiere heredar abintestato, y por lo mismo, pide que se rescinda el testamento. No es mas fuerte el argumento de que la peticion de la herencia se da contra el que posee con el título de heredero ó de poseedor *(pro herede aut pro posesore)*, y nunca contra el heredero; porque el heredero instituido en este caso no es verdaderamente heredero sino un pretendido heredero. *L.* 12. §. 1. *D. e. t.* ¿Y podrá proponerse á modo de escepcion? No hay duda que se podrá, si el desheredado estuviese en posesion de la herencia, y el nombrado heredero la reclamara, asi como lo haria si el desheredado pidiese no estando en posesion. *L.* 8. §. 13. *D. e. t.*

se infiere, que esta querella y la legítima no tienen un mismo origen, sino que esta es mas reciente, y sin duda fue establecida en virtud de la ley Falcidia. Véanse *nuestras Antig. Rom. e. t.* §. 7.

582. Concediéndose á los injustamente desheredados ó preteridos, se sigue: 1.º que no necesitan de ella los hijos preteridos ó exheredados tácita ó injustamente, segun la *Nov.* 115. (528. *), pues entonces tienen la *querella de nulidad*, *l.* 1. §. *pr. D. de injust. rupt. irr. test.* Tampoco la necesitan los que han sido instituidos en parte menor que la legítima, porque entonces les compete la llamada *conditio ex lege* para completar lo que falta á la legítima, cuya accion llaman los doctores *expletoria*, §. 3. *Inst.* y *l.* 30. *pr. C. e. t.*; 3.º que por consiguiente, solamente tiene lugar: 1.º si la exheredacion de los hijos se hace por justa causa, pero falsa; esto es, por una de las causas señaladas por derecho, pero siendo falsa su existencia; 2.º con respecto á los padres preteridos por los hijos; y á estos ó á los nietos que lo son por la madre ó abuelo materno, á los emancipados que por el padre, y finalmente á los hermanos que lo fueren por el hermano, cuando es-

---

(*) *De la ley Falcidia*) Por la ley Falcidia, dada en tiempo de Augusto, se concedia al heredero ó escrito nombrado tres dozavas partes ó un cuarto de la herencia, y asi juzgaron los jurisconsultos que bastaba que se dejase esta porcion para que no tuviese lugar la queja de inoficioso: por este motivo se llama Falcidia á la legítima en la *ley* 8. §. 9. *D. L.* 31. *C. e. t.*

582. *En parte menor*) Por derecho antiguo la porcion determinada para escluir la queja de inoficioso era, para cada persona admitida á esta queja, la cuarta parte de lo que hubiera recibido abintestato, y era preciso que se dejase completa por el testador, ó al menos que en caso de insuficiencia, se hubiese mandado espresamente que se completase el resto. En este caso, el heredero instituido tenia la accion espletoria, y en el caso contrario la queja de inoficioso rescindia totalmente el testamento. (*Const. C.* 4. *t. h. de inof. test.*) Era indiferente que dicha parte se dejase á título de institucion, de legado, de fideicomiso ó de donacion, siempre que se hiciera con la condicion de imputarse en la legítima. Mas posteriormente declaró Justiniano que bastaba para escluir la queja de inoficioso la mas pequeña parte de la herencia, el legado mas insignificante, y en este caso pudiere pedir el heredero el suplemento de la legítima, aun cuando el testador no lo hubiera mandado espresamente. (*Inst.* §. 3. *e. t.*) Con respecto á la imputacion dispuso, que las donaciones entre vivos no se imputasen en la legítima sino en el caso de que el donatario, muerto el testador, transigiendo con los instituidos, hubiere espresamente aprobado y ratificado la voluntad del donante, y que se imputen las dotes y donaciones *propter nupcias*, y lo que compró el legitimario con los dineros del difunto. Mas adelante por la *Nov.* 18. aumentó la cuota de la legítima en favor de los hijos, fijándola cuando hubiere mas de cuatro en la mitad, y en el caso contrario en la tercera parte de la sucesion (*cap.* 1.), y por la *Nov.* 115. mandó que no bastase que se les dejase el todo ni parte de la legítima por legados ú otras disposiciones para escluir la queja, sino que hubiera que dejársela á título de heredero; y cuando se les hubiere instituido aunque solamente fuese en una pequeña parte menos que la legítima, no pudiesen atacar el testamento, y solamente pudieran pedir el complemento. (*Nota del Traductor.*)

Falsa) Siendo la prueba de cargo del heredero instituido, y no haciéndola, se tiene por falsa la causa de la desheredacion y se rescinde el testamento.

Los emancipados) Los emancipados que han sido preteridos por el padre no rescinden el testamento por la queja de inoficioso sino que piden la posesion de los bienes contra lo dispuesto en él. V. el §. 526. Y *Pandectas e. t.* §. 55.

te les antepone una persona torpe, pues entonces la pretericion se tiene por exheredacion, §. 6. *Inst. de exh. lib.*; 3.° si la causa de la exheredacion es justa, perô no se espresa en el testamento. (528. 5.)

583. Concediéndose á aquellos á quienes se debe la legítima, se sigue, que puedan intentarla: 1.° los hijos suyos legítimos (no los ilegítimos, sino con respecto á la madre, *l.* 29. §. 1. D. *e. t.*); 2.° los emancipados y póstumos; 3.° los injustamente desheredados ó preteridos por la madre ó por el abuelo materno; 4.° los padres de ambos sexos desheredados ó preteridos, *l.* 1. *l.* 30. *D. e. t.*; 5.° los hermanos y hermanas de padre y madre desheredados ó preteridos, si se les prefiere una persona infame ó de mala reputacion, *l.* 27. *C. e. t.* No presentándose los parientes mas inmediatos, se admiten los mas remotos segun el edicto sucesorio, *l. penult. pr.* D. *e. t.*

584. Concediéndose esta querella so pretesto de estar demente el testador, se considera como odiosa. De aqui es: 1.° que solamente se da en subsidio, á falta de otro recurso, §. 2. *Inst. e. t.*; 2.° que no se concede á los herederos del exheredado á menos que este se haya presentado en juicio, *l.* 6. §. *fin. D. l.* 5. *C. e. t.*, escepto el caso en que el hijo muera mientras delibera el heredero instituido, pues entonces se transmite aun sin este requisito, *l.* 34. *C. e. t.*; 3.° que no se dé pasados cinco años, *l.* 8. §. *ult. D. l.* 34. *C. e. t.*; 4.° ni tampoco si la

---

No se espresa) Vinio contradice esta asercion, *Comment. á la Inst. pr. e. t. n.* 3. Pero Bacovio la defiende con otros en la *Nov.* 115. *cap.* 3. al fin y *cap.* 4. *al pr.* * Vinio siente lo mismo que Heinecio en el lugar citado, y sin duda esta nota se refiere á estas palabras que el autor sienta mas adelante: si la causa que espresó no fuese de las que se contienen en la *Nov.* 115.

583. *Los hijos suyos legítimos*) Aunque sean de grado ulterior, con tal que no tengan á nadie que se les anteponga en su línea; y ya sean legitimados, ya adoptados por un ascendiente. Se esceptua el impuber que no puede atacar el testamento del adrogante, porque se le concede para este caso la cuarta parte por la constitucion del emperador Antonino Pio. *L.* 8. §. 15. *D. e. t.*

Los emancipados) Por derecho nuevo es igual que los emancipados sean hijos, ó herederos suyos, porque todos pueden pedir la legítima, segun la *Nov.* 118. Y con respecto á los hermanos, tampoco hay diferencia entre los consanguíneos ó uterinos, aunque la *ley* 27. *C. de inof. test.* solo nombra á los consanguíneos. * Otros autores escluyen á los uterinos. V. Jos. Voet. *á las Pand. tit. de inof. testam.*

De mala reputacion) Con tal que los hermanos la tengan buena. *L.* 11. *C. e. t.* Sin embargo, niegan muchos la queja á los hermanos y hermanas si se les deja algo por cualquier título que sea, concediéndoles en tal caso accion para completar la legítima. *L.* 30 *C. e. t.*

El edicto sucesorio) Si los mas próximos á quienes compete esta accion, no quieren entablarla, ó fueren rechazados, pasa la queja á los siguientes en orden ó en grado á quienes se la concede la ley; v. gr. cesando en la queja el hijo, le sucede en ella el nieto, á este el padre, y al padre los hermanos y hermanas, si hubiere sido instituida una persona torpe. Knorio. *en e. t.* y otros autores escluyen al nieto. Consúltese á Vinio, *Quæst. select. lib.* 1. *cap.* 20.

584. *En subsidio*) Mas si alguno atacare el testamento de nulidad y no se declarase nulo podrá entablar la queja de inoficioso. *L.* 16 *C. e. t.*

Se trasmite) Pero solamente á los hijos, y no á los estraños. *D. l.* 34. *L.* 63. *al fin. C. e. t.*

Pasados cinco años) Asi se introdujo por costumbre, pues antiguamente solo habia dos años para entablarla. Plin. 5. *ep.* 1. Estor.

exheredacion se hace con buena intencion (*bona mente facta*), *l.* 18. D. *de lib. et posthum.*; 5.° ni si la voluntad del testador fuere reconocida espresa ó tácitamente por el exheredado ó preterido, *l.* 17. *pr. l.* 10. D. *e. t.*; 6.° que el que es vencido en la querella pierde los legados que se le hayan dejado, *l.* 8. §. 14. *D. e. t.*; 7.° que por derecho nuevo se rescinde la institucion de heredero, pero subsisten los legados y demas cosas contenidas en el testamento. *Nov.* 115. *cap.* 3. §. *ult.* y *cap.* 4. §. *ult.*

»Nuestras leyes no se separan del derecho romano en su último es»tado, sino en que solo mencionan entre las causas de perderse la »accion, la aprobacion espresa ó tácita del testamento, y el transcurso »de cinco años sin instituirla, á no ser que el heredero fuese menor »de 25 años, pues tendrá accion hasta que los cumpla y cuatro años »despues. *Tit.* 8. *Part.* 7. Por nuestras leyes la legítima de los hijos »comprende todos los bienes del padre escepto el quinto, del cual pue»de disponer absolutamente sin que tenga lugar la queja de inoficioso »aunque lo deje á estraños. Tambien puede disponer del tercio de lo »que queda, deducido el quinto, pero solamente á favor de sus mis»mos hijos ó nietos, con tal que no sea á la hija por razon de dote, »lo que está prohibido. De los padres es legítima todos los bienes del »hijo menos el tercio de que puede disponer libremente. De aqui el »nombre de mejoras de tercio y quinto que se da á las instituciones, »mandas ó donaciones de las partes indicadas, ademas de la legítima. »*Ll.* 1. *y* 8. *tit.* 20. *lib.* 10. *Nov. Recop.*»

TITULO XIX.

De la cualidad y diferencia de los herederos.

585. Considerándose los testamentos segun los principios del derecho romano como unas leyes (493. *), y no obligando estas sino á los súbditos, se infiere que simplemente estan obligados á obedecer esta última voluntad los que estan bajo la potestad del testador, mas no los estraños, á no ser que voluntariamente se sometan á ella.

586. Los *siervos* estan bajo la dominica, y los *hijos* bajo la patria

---

Con buena intencion) Como si se desheredase á un hijo pródigo, loco, ó demente encargando al heredero que cuidase de suministrarle alimentos, *L.* 18. *D. de lib. et posthum.*, alegando la necesidad de la desheredacion por causa de su estado: *L.* 16. *D.* §. 2. *de curat. furios.*

Fuere conocida.) Como si el desheredado redimiese el legado que le dejó su padre; porque basta que el testamento se apruebe en una parte para que se entienda aprobado en el todo. *

Por derecho nuevo) Antiguamente se invalidaba todo el testamento. *L.* 8. §. *penult. D. e. t.* Pero Justiniano juzgó que bastaba para hacer desaparecer la injuria de la desheredacion ó de la pretericion rescindir la institucion, dejando salvas las demas disposiciones.

potestad del testador: todos los demas son estraños. Por tanto los siervos se llaman *herederos necesarios*; los hijos que estan bajo la patria potestad *suyos y necesarios*, y los estraños *voluntarios*, *pr. Inst. e. t. l.* 15. *l.* 16. *D. de adquir. vel amitt. hær.*

587. Herederos *necesarios* son los *siervos propios instituidos con libertad ó sin ella*, *porque quieran ó no quieran son libres desde que muere el testador*, *y herederos* ipso jure, §. 1. *Inst. e. t. l.* 57. §. 2. *D. de adquir. vel amitt. hær.* La razon de esto se dió ya en el §. 119.

588. *Suyos y necesarios* son los *hijos que estan bajo la potestad del testador al tiempo de hacer el testamento*, *y que despues no han de recaer bajo la de otro* (*), §. 2. *Inst. e. t. l.* 33. §. 1. *D. de test. mil.* Se dicen *suyos*, ya porque estan bajo la potestad y dominio del padre, ya porque en cierto modo se consideran como dueños de la herencia vivo este (**); y por lo mismo parece que se suceden y que son herederos de *sí mismos*, §. 2. *Inst. e. t.* Se llaman *necesarios*, porque segun el derecho civil quieran ó no quieran son herederos de sus padres por testamento y abintestato, §. 2. *Inst. e. t.*

(*) Si recaen bajo la patria potestad aden la herencia por mandato del padre, de suerte que no son herederos *ipso jure.*

(**) Por lo que se llaman herederos menores. Elegante es la respuesta de Lisiteles en Plauto, *Trinum*, *act. II. escen.* 2. *v.* 48., cuando preguntado si beneficiaba á su hijo Lesbonico de lo suyo, dice:

De meo, nam quod tuum est, meum est, omne meum autem tuum.
De lo mio, porque lo tuyo es mio, y todo lo mio tuyo.

589. Sucediendo el heredero en todos los derechos del testador difunto, y estando por lo mismo obligado el hijo á pagar todas las deudas, ó á sufrir la ignominia de que los bienes hereditarios sean poseidos en su nombre por los acreedores (§. 119.), el pretor concedió á los *suyos* impúberes el *beneficio de abstenerse*, aunque se hubiesen mez-

---

587. *No quisieren*) Por lo cual, puede ser instituido heredero necesario un furioso, porque no hay lugar á deliberar si quiere adir la herencia ó repudiarla. *L.* 63. *D. de adquir. vel omit. hered.* *

Herederos ipso jure) Con tal que permanecieren en aquel estado que tenian, porque si fueren manumitidos por el testador, se hacen voluntarios, y si fuesen enagenados, adquirirán la herencia para su señor, §. 1. *Inst. de hered. inst.* Sin embargo, piden separacion por el pretor, esto es, pueden pedir si no percibieren cosa alguna de los bienes del patrono, que se separe todo lo que adquirieren despues de muerto el testador, por su industria ó por liberalidad de otra persona que no sea el testador, y aun lo que este les debiere. *L.* 1. §. *ult. de separat.*

588. *Al fin*) Tambien la muger que pasaba á poder del marido era heredero suyo. Cayo, *Frag. Inst. lib.* 2. *tit.* 8. *al pr.*

589. *El beneficio de abstenerse*) De suerte que el pretor los hizo voluntarios cuando antes eran necesarios, sin quitarles no obstante el derecho de suidad, pues son herederos *ipso jure*, y no necesitan de adir la herencia, á no ser que se abstengan de ella.

Aunque se hubieren mezclado) Se dice que se mesclan en la herencia los hijos que hacen algo como padres de familias ó como dueños, v. gr. vendiendo los bienes hereditarios, dando destino al dinero. *

clado en la herencia, y á los púberes, si no se hubiesen mezclado ó hubiesen hecho algun acto por el cual tomasen alguna cosa de la herencia, §. 2. *Inst. e. t. l.* 57. *pr. l.* 11. *l.* 12. *l.* 71. §. 3. *D. de adquir. vel amitt. hær.* De aqui nace el axioma *que los herederos suyos adquieren la herencia ipso jure*, §. 3. *Inst. de hæred. quæ abintest.*

590. De lo que se sigue: 1.° que no aden la herencia, sino que suceden en el derecho del testador desde el momento en que muere, §. 3. *Inst. de hæred. quæ abintest;* 2.° que no se dice que *gestionan como herederos*, sino que se *mezclan;* 3.° ni que *repudian* la herencia, sino que se *abstienen* de ella. Finalmente, 4.° que transmiten la herencia á los herederos aunque no esté adida, *l.* 3. *C. de. jur. delib.*

591. *Voluntarios* son *todos los estraños*, los cuales no estando obligados á obedecer la voluntad del testador, á no ser que quieran someterse á ella, pueden *adquirir* ú *omitir* á su arbitrio la herencia que se les deja en testamento.

592. Se *adquiere* pues la herencia ó *declarando espresamente la voluntad de tomarla*, ó *significándola tácitamente con hechos.* El primer modo se llama propiamente *adicion* (*), el segundo *gestion como heredero*, §. 5. *Inst. e. t.* El primero es acto legítimo, *l.* 77. *D. de reg. jur.*, el segundo no exige ninguna solemnidad. Se dice que *gestiona como heredero el que hace alguna cosa como tal, y con ánimo*

Si no se hubiesen mezclado) Y si se hubieren mezclado tienen el ausilio del beneficio de restitucion *in integrum*, si fueren menores, *L.* 57. §. 1. *D. de adquir. vel omitt. hered.*

590. *Se mezclan)* Ni tampoco que perciben la herencia, sino que obtienen la libre administracion de los bienes, ni que se hacen herederos, sino que permanecen herederos. *L.* 11. *D. de lib. et. post. L. ult.* §. 2. *C. de curat. furios.*

Trasmiten) Pues siendo herederos *ipso jure*, es claro que al morir transmiten á sus herederos el derecho que ya tienen, mas esto no es aplicable á los estraños, quienes no gozan del derecho hereditario antes de la adicion de la herencia, sino tan solo de la esperanza de poseerla, y la esperanza no se trasmite á los herederos. *

592. *Adicion)* Antiguamente la adicion iba unida con la crecion, que se hacia en el término de cien dias, los cuales se llamaban *dias de la crecion.* Verificábase tomando la herencia y pronunciando estas palabras: *Supuesto que Lucio Ticio me ha instituido heredero, yo acepto y tomo la herencia dentro de los cien dias. Quando quidem L. Ticius me hereditatum instituit, ideo intra centum dies hanc hereditatem adeo cernoque.* (*a*) *

(*a*) El antiguo derecho distinguia con respecto á los herederos estraños dos modos de instituciones que se hacian, la una sin crecion, y la otra con crecion. En el segundo caso, el testador fijaba al instituido un término en el cual debia decidirse y hacer la crecion; esto es, aceptar la herencia pronunciando ciertas palabras solemnes. (Cayo, 2. *Inst.* 164. *y sig.* Ulp. 22. *reg.* 25 *y sig.*) La voluntad de tomar la herencia manifestada de otra manera no bastaba para ser heredero, y recíprocamente, la voluntad contraria no habria escluido al instituido. Mudando de intencion, podia siempre tomar la herencia por las solemnidades de la crecion, durante todo el espacio de tiempo, cuya terminacion cerraba la herencia. (Cayo, 2. *Inst.* 166. 168.; Ulp. 22. *reg.* 80.) Los esternos instituidos sin crecion adquirian la herencia cuando querian y como querian, ya fuese por las solemnidades de la crecion, ya haciendo actos de heredero, *pro herede gerendo.* (Ulp. 22. *reg.* 25. Cayo, 2. *Inst.* 167.) Du Caurroy *e. t.* (*Nota. del Trad.*)

de serlo, v. gr. cultivando los campos, dando dinero á rédito, cobrando las deudas, §. *ult. Inst. e. t.*, á no ser que aparezca que no hizo esto con el caracter de heredero, sino por conservar los bienes, *l.* 20. *pr.* §. 1. D. *de adquir. vel amitt. hær.*

(*) *Adire hereditatem* significa literalmente *ire ad hereditatum*, venir ó llegar á la herencia, y de consiguiente aceptarla ó recogerla, en el mismo sentido que se dice *suspiciendæ hereditatis.* Al verbo *adire* corresponde la palabra *aditio*, de que se sirve Justiniano casi esclusivamente para indicar la adquisicion de la herencia (V. §. 5. *e. t.*), y en este sentido se hace adicion, de cualquiera modo que uno se haga heredero, ya sea por ereccion ó *pro herede gerendo.* (V. Cayo, 2. *Inst.* 164. *hasta el* 168.) Asi pues, la adicion no es un modo de adquisicion distinto de la crecion ó de los actos de heredero, pues solamente es el efecto y el resultado de estos modos de adquirir. Heinecio, Vinio y otros autores creen que esta espresion indica el modo de adquirir la herencia por palabras, asercion que aunque desmentida por Justiniano (§. 70. *Inst. e. t.*), se funda en otros testos (V. Ulp. *fr.* 25. §. 7. *fr.* 69. *de adq. vel omit. hered.*); pero no será estraño que en estos últimos hayan sido sustituidas por Triboniano las palabras *aditio* ó *adire* á las palabras *cretio* ó *cernere* que debia contener el testo primitivo. Esta sustitucion aparece evidente en un testo de Papiniano. (*Fr.* 77. *de reg. jur.*) (*Nota del Traductor.*)

593. Pudiéndose manifestar la voluntad de ambos modos, se sigue: 1.° que no puedan adir la herencia los furiosos, mentecatos, infantes, *l.* 93. *D. lug. cit. l.* 40. *D. de reg. jur.* §. 9. *Inst. de inut. stip.*, por quienes la aden los padres, tutores ó curadores, *l.* 18. *pr.* §. 1. 2. *C. de jur. delib. l. ult.* §. 3. *C. de curat. fur.*; 2.° que los pupilos y menores próximos á la infancia ó á la pubertad no aden sino con la autoridad del tutor ó con el consentimiento del curador, *l.* 18. §. *fin. C. de jur. delib.*; 3.° que los hijos de familia aden la herencia por mandato del padre, aunque por derecho nuevo el hijo de legítima edad puede adir la herencia aun sin consentir el padre, en cuyo caso adquiere la plena propiedad de este peculio adventicio. (§. 481.), *l. ult. pr.* §. 1. 2. *C. de bon. quæ liber.*

594. Síguese tambien: 4.° que la adicion deba hacerse voluntaria-

---

Por conservar los bienes) Si negase que habia ejercido actos hereditarios pertenece la prueba á los acreedores; hecha esta, al heredero incumbe probar que no los hizo con ánimo de adir la herencia sino con otro objeto. *Knorio.*

593. *Tutores ó curadores)* Pero para que el furioso adquiera la herencia, debe cuando recobrare el juicio determinar sobre su acepcion; y si despues recae en la locura, vuelva la herencia á quienes corresponderia removido el loco. Lo mismo debe decirse del pupilo, cuyo acto y voluntad es necesaria ademas de la autoridad del tutor. *D. l.* 8. §. 8. *L.* 5. *C. de jur. delib.*

De legítima edad) Si fuere menor y el padre no quisiere administrar los bienes hereditarios, debe pedir el hijo un curador para que los administre. Dionys. Gotof. *á d. l.*

Sin concurrir el padre) Esto debe entenderse en el caso de que el padre no tuviere ningun motivo para disentir, mas no en el de que prohibiese al hijo que adiese la herencia á causa de las muchas deudas con que estaba gravada.

594 *Voluntariamente)* Sin embargo, Paulo dice en la *ley* 21. §. *penult. D. quod met. causs.*, que si alguno adiese por coaccion la herencia se hace heredero, por-

mente, sin que intervenga fuerza ni coaccion, *l.* 6. § *ult. D. de adquir. vel amitt. hær. l.* 16. *C. de jur. delib.;* 5.° que se deba adir toda la herencia, y no una parte de ella, *l.* 1. *l.* 2. *l.* 55. *D. e. t.*; 6.° que el instituido se haga heredero por medio de la adicion, pero que no adquiera la posesion hasta que la tome naturalmente, *l.* 23. *pr. D. de adquir. vel amitt. possess.*

595. Siendo la adicion un acto legítimo, se infiere: 7.° que la herencia no puede adirse por medio de procurador, *l.* 90. *pr.* D. *e. t. l.* 123. *D. reg. jur.*; 8.° ni bajo de condicion, *l.* 51. §. *ult. D. de adquir. vel amit. her. l.* 77. *D. de reg. jur.*

596. Finalmente, adquiriéndose la herencia de ambos modos, se sigue: 9.° que no se transmita la herencia no *adida*, *l. un.* §. 5. *C. de caduc. toll.*, sino por los hijos de su derecho, quienes solamente la transmiten á los descendientes, *l. un. C. qui ante apert. tab. hæred. transmitt.*; 10. que el heredero despues de haber adido la herencia suceda en el *derecho universal del difunto*, que goce del derecho de acrecer, *l.* 31. *l.* 53. §. 1. *l.* 80. *D. de adquir. vel amitt. hær.*, y esté obligado á pagar todas las deudas de la porcion hereditaria, aunque la herencia no alcance á satisfacerlas, *l.* 10. *C. de jur. delib.;* 11. que se presume que el que ade la herencia cuasi contrae con los legatarios y fideicomisarios, por cuya razon pueden estos pedir los legados y fideicomisos con accion personal de testamento, §. 5. *Inst. de oblig. quæ quasi ex contr.*

597. Siendo pues algo dura la condicion del heredero, se establecieron á su favor dos beneficios; el uno por el pretor, y se llama *derecho de deliberar;* y el otro por Justiniano, y se dice *beneficio de inventario.*

598. *El derecho de deliberar es cierto espacio de tiempo concedido al heredero instituido para que delibere si* ade ó *repudia la herencia*, §. 5. *Inst. e. t. l.* 9. *C. de jur. delib.* Este espacio de tiempo era antiguamente arbitrario á instancia de los acreedores; mas por derecho

---

que aunque es cierto que si hubiera procedido libremente no la hubiera adido, sin embargo, obligado á ello la adió. Pero como es heredero contra su voluntad, el pretor le concede la facultad de abstenerse. *L.* 85. *D. de adquir. vel amit. hered.*

No una parte) De modo que no podrá admitir unas partes y desechar otras; y adida una parte se entiende adida toda la herencia *ipso jure. L.* 12. *D. de adquir. vel amit. hered. L.* 7. *D. de reg. jur.*

596. *No se transmita)* De suerte, que si el heredero no la adiese ni repudiase, transmitirá el derecho de deliberar por espacio de cuatro años á cualesquiera herederos. *L.* 19 *C. de Jur. delib.*

No alcance) A no ser que hiciera la adicion á beneficio de inventario; del que se tratará en el §. 599.

Se presume) Obsérvese que el heredero se obliga unas veces por verdadero contrato y otras por cuasi contrato. Siempre que la obligacion proviene del testador difunto se obliga el heredero por verdadero contrato; si nada debia el difunto, el heredero deberá por causa del testamento, y su obligacion provendrá de cuasi contrato, y será reclamada con la accion personal *ex testamento.*

598. *Arbitrario)* Pero no podrian concederse menos de cien dias, *l.* 1. §. *ult. y ley* 2. *D. de jur. delib.*

nuevo se concede *un año* por el príncipe, y *nueve meses* por el juez, con tal que se pida dentro de un año desde el dia que supo el nombramiento de heredero, *l. ult.* §. 13. *C. lug. cit.* Si nadie reclama, el heredero puede adir aun en el espacio de treinta años, *l.* 8. *C. de jur. delib. l.* 7. *C. de hær. pet.*

599. *El beneficio de inventario* es *el derecho por el cual el heredero que hace inventario legítimamente, no está obligado despues de adir la herencia á mas de lo que alcancen los bienes*, §. 6. *Inst. e. t. l. ult.* §. 2. 3. 4. *C. de jur. delib.* Para que el inventario sea válido se requiere: 1.º que se principie á los treinta dias de haber sabido el heredero su institucion; 2.º que se concluya dentro de sesenta dias, ó de un año, cuando los bienes estan en distintos lugares, ó los herederos ausentes; 3.º que se haga ante escribano; 4.º con citacion de los interesados, como son los legatarios y acreedores, y 5.º si estuvieren ausentes, convocándose tres testigos. Por último, concluido que sea, lo ha de firmar el heredero, espresando la suma de los bienes, y si no supiere firmar, el escribano lo hará por él, *l. ult.* §. 2. 3. *C. de jur. delib. Nov.* 1. *cap.* 2. §. 1.

600. Hasta aqui de la adquisicion de la herencia: el estraño puede *repudiarla* á su arbitrio, y bien sea espresamente por palabras, ó tácitamente por hechos, *l.* 95. *l.* 77. *fin. D. de adquir. vel amitt. hær.* Por tanto debe observarse lo que hemos dicho en el §. 593.

»Por nuestras leyes se da el nombre de herederos forzosos á los hijos »y descendientes legítimos del testador ó á falta de estos á los ascendien»tes legítimos, y se llaman asi, no porque esten obligados á aceptar la »herencia, sino porque sus ascendientes mas cercanos deben instituir»los precisamente por herederos no teniendo causa legítima para des»heredarlos. Son legítimos los procreados durante matrimonio verda»dero, para cuya celebracion no tuvieron sus padres impedimento ca»nónico, ó en caso de tenerlo lo ignoraron sus padres. Lo son tam»bien los que tuvieren soltero y soltera libres de impedimento canóni»copara casarse, pues si se casan, los hijos se entienden legitimados por »subsiguiente matrimonio. Tambien son herederos legítimos los póstu-

---

De 30 años) Porque la peticion de la herencia dura este espacio de tiempo; y hasta tanto que no está prescrito puede adirse la herencia. *

Al fin) El heredero puede en este intervalo enterarse de los bienes en que consiste la herencia, inspeccionar los títulos, cuentas é instrumentos hereditarios, hacer los gastos que reclamasen los bienes, pagar las deudas onerosas, pero no enagenar los bienes del difunto ni entablar las acciones hereditarias, á no ser que por justas causas obtuviese estas facultades del pretor. Si el heredero deliberante fuese un hijo del testador, debe ser alimentado de la herencia. *L.* 5. *pr.* §. 1. *L.* 6. 7. *pr.* §. 1. *l.* 9. *D. de jur. delib.*

599. *De lo que alcancen los bienes)* Antes bien puede hacer pagos y satisfacer á los acreedores que mas urgen, sin guardar orden, y cobrarse lo que asimismo se le deba. Y si pereciere alguna de las cosas insertas en el inventario, no se entiende que pereció para el heredero sino para los acreedores. *

600. *O tácitamente)* Esto se verificará si deja transcurrir el espacio concedido para deliberar, sin declacarse heredero. *

»mos, con tal que su madre los dé á luz lo mas á los diez meses de la »muerte del marido y que al tiempo de esta viva en su compañia. Herederos necesarios son los siervos segun las leyes de Partida, y voluntarios y estraños los demas, y se llaman asi, porque aunque sean parientes del testador no tiene este obligacion de dejarles sus bienes. »*Ll.* 1. *tit.* 13. *y tit.* 23. *Part.* 4. 21. *tit.* 3. *Part.* 6.»

TITULO XX.

De los legados.

601. Hasta aqui se ha tratado de la herencia dejada por testamento; y como los legados suelen dejarse en los testamentos, los coloca aqui Justiniano, aunque propiamente debiera tratarse de ellos á continuacion del título de donaciones, puesto que son uno de los modos singulares de adquirir.

602. *Legado* es *la diminucion de la herencia que hace el testador, mandando con palabras directas que de los bienes que pasarian al heredero se dé alguna cosa á cierta persona* (*), *l.* 116. *pr. D. de legat.* 1.; por lo que hubo grande diferencia entre los *legados* y *fideicomisos particulares;* pues 1.° aquellos se dejaban con palabras directas, estos con oblicuas; 2.° aquellos solamente podian dejarse en testamento ó en codicilos confirmados por testamento, estos aun en codicilos no confirmados por testamento, Ulpian. *Fragm. tit.* 25. §. 3. 8.; 3.° aquellos tan solo en lengua latina, estos aun en griego. Ulpian. *tit.* 25. §. 9. Finalmente, 4.° aquellos se interpretan mas estrictamente, estos de un modo mas benigno, *l.* 16. *C. de fideic.*

(*) De aqui es que Ulpiano dice muy bien en el *tit.* 24. §. 1.: *legado es lo que se deja á manera de ley, esto es, imperativamente, en el testamento.*

603. Los legados eran de cuatro maneras: 1.° legados *per vindicationem* (por vindicacion (*), y se dejaban con las palabras *do, lego,*

---

602. *Legado)* En el §. 1. de la *Ins. e. t.* se define el legado, una donacion dejada por el testador difunto y que debe prestar el heredero; pero esta definicion no es esacta, porque el legado no es donacion, pues que no necesita como aquella de aceptacion ni se presta siempre por el heredero, sino que muchas veces se adquiere por el mismo legatario. * Cujacio dice que las últimas palabras de esta definicion *y que debe prestar el heredero*, no fueron conocidas de Teófilo y de otros escritores.

Mas benigno) Ademas, los legados no podian dejarse antes de la institucion de heredero ni despues de la muerte de este, ni por medio del legatario ó fideicomisario, sino solamente por medio del heredero, mas los fideicomisos podian dejarse de cualquier manera. Estos podian pedirse á la muerte del testador y los legados cuando se abria el testamento segun la ley Papia. Podian dejarse fideicomisos á muchas personas á quienes no se les podia dejar legados, como á los deportados, celibatarios; y finalmente, los fideicomisos no se pedian por las mismas acciones que los legados. Ulp. *Frag. tit.* 25. §. 6. Cayo, *lib.* 9. *tit.* Cuj. *Parat. C. de fideicom.* Vinnio é Hein. §. 3. *de la Inst.*

*

sumito, *capito*, *habeto*, doy ó transfiero la propiedad, *lego*, toma, recibe, ten; 2.° *per damnationem* (por condenacion ú obligacion), con las palabras *hæres damnas esto dare*, *dato*, *facito*, *eum dare*, *facere jubeo*, estás obligado á dar, da, haz, mando que des; 3.° *per præceptionem* (por mandato), con las palabras *hæres præcepito*, *præcipuam rem accipito*, heredero, toma de antemano y especialmente para tí tal cosa. Este legado solamente podia dejarse á uno de los coherederos; 4.° *sinendi modo* (á modo de permiso), con las palabras, *hæres sinito legatarium sumere vel habere*, heredero, permite que el legatario tome ó tenga tal cosa. §. 2. *Inst. e. t.* Ulp. *Fragm. tit.* 24. §. 2. *sig.*

(*) Se llamaba asi sin duda porque tal disposicion hacia al legatario dueño del objeto legado, procurándole la accion en revindicacion, que es un efecto de la propiedad adquirida. (*Nota del Trad.*)

604. Antiguamente hubo grande diferencia entre estos legados, pues el legado por vindicacion hacia al legatario dueño quiritario (*) desde el momento de la adicion de la herencia, por lo que estos legados se pedian por accion *in rem*; los legados por condenacion y á modo de permiso se pedian con la accion de testamento, y los legados por precepcion, con el juicio *familiæ erciscundæ*. Theof. §. 2. *Inst. e. t.*

(*) Tampoco podian legarse todas las cosas de un mismo modo. Legábanse por *precepcion* y *vindicacion* las que al tiempo de la testamentifaccion y muerte del testador eran de derecho quiritario, á escepcion de las fungibles, las cuales bastaba que estuviesen en su dominio al tiempo de su muerte; por *condenacion* cualesquiera cosas, aunque no fuesen del testador; y *sinendi modo*, las propias del testador y del heredero (*a*), Ulp. *tit.* 24. §. 7. *y sig.*

(*a*) Estas diferencias entre cada disposicion no son el resultado de una regla dada *à priori*, por la que se estableciese muchos modos de legar, asignando á cada uno de ellos objetos y efectos particulares. Al contrario, parece que todo se derivaba aqui de la voluntad del testador y de las consecuencias que le daba una interpretacion rigurosa, pero esacta, de las espresiones y de la fórmula que habia elegido entre las que el uso habia consagrado. Asi pues, el legado conferia al legatario, ya la revindicacion, ya una accion personal contra el heredero, segun indicaban las espresiones una traslacion directa de la cosa, ó una obligacion impuesta al heredero. En el primer caso, la disposicion constituia un legado *per vindicacionem*, en el segundo el legado era ó *per damnationem* ó *sinendi modo*, segun que la obligacion impuesta al heredero le compelia á un hecho ó á una simple tolerancia. (*Nota del Traductor.*)

605. Mas por derecho nuevo no solamente se ha abolido en cuanto á los efectos la diferencia entre *legados* y *fideicomisos*, §. 3. *Inst.*

---

605. *Efectos*). Sin embargo, aun se conservan algunas diferencias ya por razon de las fórmulas, pues los legados se dejan con palabras directas y los fideicomisos con palabras oblicuas, ya con respecto á las solemnidades, pues que los legados requieren la presencia de cinco testigos, y los fideicomisos son válidos aun cuando no interviniere testigo alguno, con tal que pudiera probarse por juramento ó de otro modo legal que el testador se lo mandó al heredero, *l. ult. C. de fideicom.*

e. t. l. 1. *D. de legat.* 1. *l.* 2. *C. comm. de legat. et fideic.*, sino tambien la de los mismos legados por vindicacion, damnacion, precepcion y *sinendi modo*, §. 2. *Inst. e. t. l.* 15. *C. de test. l.* 1. *C. comm. de legat. et fideic.*

606. Por tanto se deben observar los axiomas siguientes: 1.° todos los legados y fideicomisos con cualesquiera fórmulas y palabras que se dejen producen hoy un mismo efecto, §. 2. *Inst. e. t. l.* 1. *C. comm. de leg.*; 2.° los legados y fideicomisos estan tan equiparados, que lo que falta á los legados se suple atendiendo á la naturaleza de los fideicomisos, y para todo aquello que haya en los legados demas que en los fideicomisos se aumenta la naturaleza de los fideicomisos, §. 3. *Inst. e. t. l.* 1. D. *de leg.* 1. *l.* 2. *C. comm. de leg. et fideic.*; 3.° el dominio del legado de especie pasa al legatario, sin tradicion, desde la muerte del testador, y por lo mismo, cede desde este tiempo el dia del legado puramente dejado, *l.* 80. D. *de legat.* 2. *l.* 64. D. *de furt.*; 4.° los legados se dejan sin solemnidad, y por consiguiente en codicilos, *l.* 8. §. 1. 5. 6. D. *de jur, codicill.*, con tal que concurran cinco testigos, *l. ult.* §. *ult. C. de codicill.*

607. Siendo el legado la diminucion de la herencia, por la cual quiere el testador que se dé á uno alguna cosa, se sigue: 1.° que pueda legar y dejar fideicomisos el que puede testar, *l.* 2. *l.* 114. *pr. y* §. 1. D. *de leg.* 1.; 2.° que carezcan de este derecho los que no pueden hacer testamento.

608. Asi es que puede dejarse legados y fideicomisos: 3.° á todos los que por derecho pueden tomar lo que se les deje en testamento, mas no á los incapaces, escepto el legado de alimentos, *l.* 11. D. *de alim. leg.*; 4.° tambien se dejan á las personas inciertas, §. 25. *Inst. e. t.*; á los pobres, *l.* 24. *C. de episc.*, á las iglesias, §. *cit. l.* 1. *lug. cit.*; á las ciudades, *l.* 117. *D. de leg.* 1., á los colegios lícitos, *l.* 1. §.

Id. Sin embargo, hay muchos pasages en las Pandectas que no pueden conciliarse con facilidad sin hacer distincion entre legados *per vindicationem* y *per damnationem*, segun doctamente trata Merill. *obs. lib.* 6. *cap.* 32. *y sig.* Ademas no siempre pueden pedirse todas las cosas legadas por unas mismas acciones. ¿Quién por ejemplo, pedirá por la accion vindicatoria una cosa agena? La misma fuerza natural y peculiar de las palabras demuestra que deben producir distintos efectos los diversos modos de legar. Hub. *Prælect. Pand. tit. de usu et usufructo legat. n.* 4.

606. *Del testador)* Pero no la posesion, pues esta no la puede tomar el legatario por su propia autoridad, y si lo hiciere, puede entablar el heredero el interdicto *quod legatorum*, de que se tratará en el §. 1296.

608. *A los incapaces)* Pero el testador puede servirse de los que no tienen capacidad para transmitir el legado á los que la tengan. *L.* 42. *D. de leg.* 2. *l.* 16. *D.* §. 15. *D. al SC. Treb.*

De alimentos) Este legado fue en cierto modo arrancado por la humanidad á las leyes, como dice elegantemente Cujacio en la nota á la *l.* 11. *D. de alim. et cibar.* Ademas el derecho civil se muestra muy favorable con respecto á los alimentos.

Inciertas) Con tal que puedan llegar á ser ciertas.

Al póstumo ageno) Se dice póstumo ageno el que no nace bajo la potestad

tivo en vida del testador, pues *dos causas lucrativas no pueden concurrir en una misma persona y en una misma cosa*, §. 6. *Inst. lug. cit. l.* 108. §. 4. *D. de legat.* 1.

(*) Claramente aparece que el legado de cosa agena no debe prohibirse por inicuo como se hace en el *cap.* 5. *X. Inst. de test.*

613. Síguese de aqui: 1.º que si el legatario adquiere el legado por título oneroso, puede reclamar su precio del heredero, § 6. *Inst. e. t.*; 2.º que si se debe á una misma persona una cosa en virtud de dos testamentos, y el legatario la hubiere conseguido en virtud del primero, ya no puede reclamar su precio en virtud del segundo; mas si obtuvo su valor por el primero, puede reclamar la cosa por el segundo, §. 6. *Inst. e. t.*; 3.º que si el legatario adquiere parte de la cosa por título lucrativo y parte por título oneroso, tan solamente puede pedir el valor de la segunda, *l.* 82. *pr. sig.* D. *de leg.* 1.; 4.º que si el legatario adquiere por título oneroso la propiedad de la cosa sin el usufructo, y acabado este, pide la cosa, el juez le concederá solamente el valor de la propiedad, deducido el usufructo, §. 9. *Inst. e. t.*

614. Pueden legarse; 5.º las cosas dadas en prenda, las cuales debe redimir el heredero, á no ser que el testador ignorase que estaban empeñadas, ó que espresare que las redimiese el legatario, §. 5. *Inst. e. t.*, lo que se presume, si se hubiese legado una universalidad como la dote, y se hubiera dado en prenda una parte de ella, *l.* 15. 5. *de dot. prœleg.*

615. No perece el legado de la cosa que el testador enagena despues de hecho, si no lo hace con intencion de quitarlo. Esto se presume cuando la enagenacion no es necesaria sino voluntaria, §. 12. *Inst. e. t. l.* 11. §. 12. D. *de leg.* 3. *l.* 18. *D. de adim. vel transfer. leg.*

616. Legándose tambien las cosas incorporales, nadie duda que es útil el legado de *nombre* y de *liberacion*. Por el primero deja el testador al legatario lo que un tercero le debe (al testador), y obliga al heredero á que ceda las acciones al legatario (*), §. 21. *Inst. e. t. l.*

---

en cuyo caso no se puede aplicar esta regla, la cual por el contrario tiene lugar aunque se hubiese legado el dominio pleno, ó el fundo infitéutico. *L.* 71. *D. de legat.* 1. ✽

613. *No puede reclamar*) Porque en la cosa está comprendida su estimacion, mas no al contrario.

614. *Debe redimir el heredero*) Y no obstante, este legado puede ser muy útil, porque las cosas empeñadas superan por lo regular los intereses y el capital porque se empeñaron. *L.* 57. *de legib.* ✽

615. *Voluntaria*) Lo cual tiene que probar el legatario, salva la reprobacion del heredero. Y no basta que conste del inventario que era muy rico el testador, porque el mas rico puede carecer de dinero, y enagenar para ello sus bienes. ✽

616. *Ceda*) Pues como dicen los prácticos, los nombres son inherentes á las personas, y asi no podrá un tercer poseedor de una letra de cambio ó de un vale entablar accion con él, aunque sea poseedor de buena fe, á no ser que el acreedor mismo le hicese cesion de su derecho, cesion que se llama endoso en las letras de cambio, porque suelen escribirse al dorso del billete. ✽

44. §. 6. *l.* 75. §. 2. D. *de legat.* 1. Por el segundo, obliga al heredero á devolver al legatario el documento ó escritura en que consta su deuda; y aunque la accion del heredero no se estingue, con todo, el legatario puede defenderse con la escepcion de dolo, *l.* 3. §. 2. *de liberat. leg.* (**).

(*) El legatario exige el crédito con el derecho que le cede el heredero, pues esta accion personal compete directamente solo al heredero y no al legatario, quien no sucede en los derechos del testador. Mas el derecho nuevo quitó en cierto modo esta sutileza, pues concede inmediatamente al legatario las acciones últiles contra el acreedor, *l.* 18. *C. e. t.*

(**) Si el testador exigiere la deuda, ó pagándosela el deudor voluntariamente la recibiere, ¿se estinguirán los legados de nombre y de liberacion? Se niega en ambos casos, á no ser que lo hiciere con intencion de quitarlos, lo que no se presume en ninguno de los dos casos si fuere necesaria la causa porque los exige, *l.* 11. §. 12. *y* 13. *D. de leg.* 3.

617. Tambien es útil el legado de *deuda*, esto es, aquel por el cual el testador lega al acreedor lo que él mismo le debe; pero es menester que se contenga mas en el legado que en la deuda, v. gr., si se lega puramente lo que se debia bajo de condicion, ó desde cierto dia, §. 14. *Inst. e. t.* De esta manera el acreedor *quirografario* consigue con este legado el derecho de hipoteca; y si le faltan pruebas, puede pedir la cosa en virtud del testamento, quedándole ademas la accion de buena fe.

618. El *prelegado de dote* es de la misma naturaleza, asi porque la muger puede pedirla inmediatamente sin tener que aguardar al año dentro del cual se debe restituir la dote mueble, §. 15. *Inst. e. t. l. un.* §. 7. *C. de rei ux. act.*, cuanto porque no está obligada á probar que la llevó al matrimonio, si el marido testador espresare en el prelegado cantidad determinada, §. 15. *l.* 1. §. 7. *sig.* D. *de dot. præleg.*

619. Légase tambien no solamente la *especie*, sino tambien la *cantidad* y el *género.* Los jurisconsultos entienden por *especie* un individuo, v. gr.: el campo tusculano, el siervo Sticho, el caballo Bucéfalo; por *género* lo que los filósofos llaman especie, v. gr. un prédio, un siervo, un caballo, sin determinar cual. *Cantidad* es el género determinado por cierto número, v. gr. *una* cuadriga, *cien* áureos.

620. 1.º El legado de *especie* perece para el legatario y no para el heredero, á no que pereciere por culpa leve ó levísima de este, §. 16. *Inst. e. t. l.* 47. §. *penult. D. de legat.* 1. 2.º Legadas dos especies, si

---

Quirógrofo) O puede pedir el legatario que se le libre de él por aceptilacion, *d. l.* 3. §. 3.

No se estinga) Porque el legado no es de los modos por los cuales se estingue la obligacion *ipso jure.* *

618. *La dote mueble*) O que consiste en cosas incorporales, *d. l. un.* §. 7.

Que la llevó al matrimonio) La razon es, porque no perjudica la demostracion falsa. Asi pues, la muger recibe la dote legada, aunque nada hubiere llevado al matrimonio, con tal que se espresare la cantidad. *

ambas son principales, aunque la una perezca en vida del testador se debe la otra; pero si una es principal y otra accesoria, destruida aquella, esta no se debe, §. 17. *Inst. e. t.* 3.° Legada una universalidad, el aumento ó diminucion de ella es del legatario (606.); y asi, legado un rebaño, aunque solo quede una oveja, se debe esta (*), §. 18. 19. 20. *Inst. e. t. l.* 22. *D. de leg.* 1.

(*) Lo contrario sucede en el usufructo de rebaño, porque si solamente queda una oveja, el usufructo no existe, *l. ult. D. quib. mod. usufr. amitt.*

621. Hay que observar acerca del legado de género: 1.° que el legado de género es útil si el género no es sumo sino ínfimo, y tiene límites determinados por la naturaleza, pues si dependen del arbitrio del hombre y el testador no los determina, se presume que quiere burlarse, *l.* 24. §. 3. *l.* 71. *pr. D. de legat.* 1.; 2.° que en este legado la eleccion toca al legatario, y no podrá escojer lo mejor, á no ser que el testador disponga otra cosa, §. 22. *Inst. e. t. l.* 37. *pr. y* §. 1. *D. de legat.* 1.

622. De aqui aparece la diferencia que hay entre el legado de género y el de opcion ó de eleccion, porque si el testador manda espre-

---

620. *No se debe*) De suerte, que si el testador legase las ovejas con el feto, aunque aquellas muriesen, se deberá el feto. Por el contrario, si muriese viviendo el testador el buey que se legó, no se deberá ni el cuero ni la carne, *L.* 49. *pr. de legat.* 2.

Se debe) Pues aunque se dice que para formar rebaño se necesitan tres cabezas, *L. ult. D. quib. mod. usufr. amit.*, asi como para formar corporacion se requieren tres personas, debe distinguirse entre la formacion del rebaño y su conservacion. Para lo primero es cierto que se requieren tres cabezas de ganado, mas para lo segundo basta que haya una, escepto en el usufructo, segun se dice en el escolio.

No existe) La razon es porque nadie percibe de una oveja el usufructo que percibimos de un ganado. Pero, legada la propiedad de una cosa, nada hay en ella que no se contenga en el legado. Luego cualquier cosa que quede, cede al legado. Y por la misma razon, el legado de una cuadriga no se estingue porque muera un caballo, no obstante que con la falta de este deja de ser cuadriga; pero no permanecerá el usufructo en los tres caballos que quedaron vivos, sino que retorna dicho usufructo á la propiedad, por lo que no hay ningun derecho que sea tan frágil como el de usufructo, el cual tiende y se dirige por su naturaleza á la propiedad; como dice Cujacio con suma elegancia, *Obs. lib.* 23. *cap.* 22.

621. *Limites determinados*) Por ejemplo, un buey, un caballo. Pues si por el contrario le legase el animal, el cuadrúpedo, ó la cosa, sin determinar su especie no vale el legado, puesto que el heredero satisfaria el legado dando el animal mas vil ó la cosa mas despreciable.

Burlarse) Como si el testador legase un fundo ó una casa y no hubiese casas ó fundos en la herencia. Sin embargo, algunos opinan que deberá prestarse el legado por equidad, y respectivamente á los bienes en que conste el patrimonio, á las costumbres del pais, y á las relaciones que existan entre el testador y el legatario, como suele hacerse para la prestacion de alimentos. Voet. *á los Pand. tit. de opter. leg. n.* 6.

Disponga otra cosa) Como se presumirá si el testador digese: entregue mi heredero á Ticio un caballo de mi cuadra. V. Vinnio. *Cons. á la Inst. e. t.* §. 22. *n.* 6. *y sig.*

samente que el legatario elija alguno de sus siervos ó caballos, él ó su heredero, *l. ult. C. comm. de leg.*, puede escoger aun lo mejor, §. 23. *Inst. e. t. l.* 2. §. 1. *D. de opt. leg. l.* 9. §. 1. D. *de* [illegible]; pero despues de haber escogido no puede desechar la cosa y preferir otra, *l.* 20. *D. de opt. leg.*

623. Convienen los legados de *género* y de *cantidad* en que el género y la cantidad nunca perecen.

624. Finalmente, tambien se legan los *hechos*, á cuya prestacion obliga el testador al heredero; con tal que sean honestos, pues de otra suerte es nulo el legado, *l.* 112. §. 3. D. *de leg.* 1.

625. Asi como entre los herederos, tiene tambien lugar entre los legatarios conjuntos el *derecho de acrecer*, pues siendo el legado la diminucion de la herencia, se presume que el testador no quiso que la cosa legada á muchos quedase en poder del heredero, sino que faltando un legatario, pasase entera al colegatario (*).

(*) Por tanto, es diverso el fundamento que para esto hay en las herencias y legados. El derecho de acrecer proviene en las herencias de la necesidad de la ley, porque nadie puede morir parte testado y parte intestado (542. *y sig.*); y asi, ni aun el testador puede prohibir este derecho. En los legados nace de la presunta voluntad del testador, quien se supone que quiso dejar la parte vacante mas bien á aquel á quien legó la misma cosa que no al heredero de quien la legó. Ulr. Hub. *Præl. e. t.* §. 23.

626. Para que tenga lugar el derecho de acrecer, es necesario: 1.º que falte el colegatario; 2.º que los legatarios sean conjuntos, esto es, llamados á una misma cosa, *l.* 1. *l.* 11. *D. de usufr. accresc.* De otra suerte se estingue el legado de la persona que falta: *l. un.* §. 2. *C. de caduc. toll.*

627. Se entiende que falta el colegatario, si no existe al tiempo de hacerse el testamento, si desprecia el legado, si muere, vivo el testador, si falta la condicion, ó se hace incapaz de otro cualquier modo, *l. un.* §. 2. 3. 4. *C. de caduc. toll.*, porque si sobrevive al testador, aunque sea un momento, transmite el legado á los herederos, y por tanto nada acrece á los colegatarios, *l. un.* §. 5. *C. de cad. toll. l.* 5. *pr.* D. *quand. dies leg. ced.*

---

622. *O su heredero*) La opcion era un acto legítimo que debia celebrarse solemnemente á presencia del heredero, puramente de una vez por solo el legatario, y por esto muerto el legatario antes de haber elegido, no trasmitia el legado á los herederos, *L.* 12. §. *ult. D. quando dies legat. vel fideicom. ced.* Pero esto fue alterado por Justiniano, *d. l. ult.*

623. *Nunca perecen*) De suerte que si se legare un caballo genéricamente, sin determinar cual, ó se dejasen al heredero un caballo ó cien áureos, y fueren hurtados, no se presume que pereció el legado, porque no se legaron precisamente aquel caballo ó aquellos cien áureos que fueron hurtados.

627. *Le hace incapaz*) Por ejemplo, si padeciese la máxima *capitis diminucion* (pues el que la padece no puede adquirir legados). Sirva pues de regla general: *Siempre que uno de los colegatarios no quiere ó no puede adquirir el legado, hay lugar al derecho de acrecer.*

628. Los legatarios pueden ser conjuntos de tres maneras: 1.ª en la cosa solamente, si son llamados á una misma cosa pero en diversas proposiciones; por lo que tambien suelen llamarse disyuntos, §. 8. *Inst. e. t.*, v. gr.: doy, lego mis casas á Ticio: doy, lego las mismas á Sempronio, *l.* 89. *D. de legat.* 3.; 2.ª por palabra solamente, los que son llamados en una misma proposicion á una misma cosa, pero con señalamiento de partes (*), v. gr.: doy, lego mis casas en partes iguales á Ticio y á Sempronio, *d. l.* 89.; 3.ª juntamente en la cosa y en las palabras, ó mistamente, los que simple é indivisiblemente son llamados á una misma cosa en una misma proposicion, v. gr.: doy, lego mis casas á Ticio y á Sempronio, *d. l.* 89. *y. l.* 142. D. *de verb. signif.*

(*) Esto es, partes intelectuales que se hacen imaginariamente, porque si el testador realmente divide la cosa entre los legatarios, ya estos no son conjuntos, y por tanto no tienen derecho de acrecer, *l.* 1. *pr. D. de usufr. accres.*, v. gr.: doy, lego un fundo á Ticio y á Sempronio, á aquel la parte mas acá del rio, á este la de mas allá.

629. Se han de observar las reglas siguientes: 1.ª si los legatarios estuvieren conjuntos ó por palabras solamente ó mistamente, la porcion del que falta acrece al colegatario que permanece; 2.ª si falta alguno que está junto en la cosa solamente, su porcion acrece á todos; de suerte que los conjuntos por palabras y mistamente se consideren como una sola persona, *l.* 34. *pr. D. de leg.* 1. *l. un.* §. 10. *C. de cad. toll.*; 3.ª á los conjuntos mistamente ó por palabras tan solo, acrece si quieren ellos, y con las cargas; á los conjuntos en la cosa (los cuales como se ha dicho se llaman disyuntos), acrece aunque no quieran, pero sin las cargas (*) *l. un.* §. 10. 11. *C. de cad. toll.* (**)

(*) La razon es, porque para cada uno de los colegatarios á quienes se ha dejado una misma cosa separadamente ó en diversas proposiciones, es el legado entero é independiente. Cada uno tiene desde un principio el legado *in solidum*, en la totalidad. Si se hace partible entre los legatarios es por ser imposible que pertenezca un mismo objeto totalmente á muchos. Asi pues, la concurrencia de dos personas es la que divide el legado, y á falta de esta concurrencia, si permanece uno solo el legatario, á él solo le pertenece la cosa en la totalidad. El colegatario tiene la totalidad de la cosa por su misma persona, y la no concurrencia del otro colegatario le conserva su derecho, le evita una diminucion, la particion que con él tenia que hacer; hace que retenga lo que era suyo sin diminucion alguna, y no le proporciona ninguna nueva parte, de suerte que mas bien que acrecerle la parte del colegatario que falta, se puede decir que no le decrece la suya; en una palabra, obtiene la totalidad de la cosa en virtud de una disposicion que le es personal, pero no se aprovecha del legado de otro. Asi es que cuando toma el legado lo recibe por sí, por su propio derecho, sin ninguna carga estraña y; por ejemplo, sin cumplir las condiciones im-

---

628. *En la cosa solamente*) Facil es de conocer la razon de esta denominacion; porque si fuesen llamadas muchas personas á una misma cosa, en diversas proposiciones, no hay duda que la union está en la misma cosa, v. gr. en la casa á que ambas han sido llamadas; así como estarán separadas en las palabras, porque no fueron llamadas en una misma proposicion.

puestas por una disposicion separada al otro legatario. Por la misma razon, libre de tomar ó dejar la cosa debe tomarla ó dejarla totalmente, como si él hubiese sido siempre solo, y si toma la parte que le hubiera tocado si hubiese concurrido el otro legatario, no puede desechar la que hubiera tocado á este. Al contrario sucede cuando dos legatarios son llamados juntamente en una misma proposicion. Ninguno de ellos puede invocar el legado sin recordar al mismo tiempo el título de su colegatario, y sin restringir su derecho por lo mismo á un derecho parcial. No hay duda que este derecho puede en ciertos casos abrazar la totalidad; pero no cuando se mantiene en sus primeros límites, si no se acrece atrayendo á sí la parte que no recoge el otro colegatario. Puede pues el colegatario no admitir la parte de su colegatario que falta y recibir la suya propia, asi como este puede desecharla; pero en caso de admitirla, tiene que hacerse cargo tambien de las cargas que contiene. Tambien puede legarse el mismo objeto á muchas personas, y entonces pueden hallarse muchos colegatarios unidos entre sí y disyuntos relativamente á uno ó muchos otros. En tales casos se considera siempre cuantas veces se legó la cosa, porque los colegatarios conjuntos no forman entre sí mas que una sola cabeza, y solamente toman una parte. En efecto, la cosa legada no lo ha sido mas que una vez á todos, en lo que se diferencian de los legatarios, á quienes se da el mismo objeto separadamente, porque se da muchas veces. Por la misma razon, la parte atribuida á los que solo forman juntos una misma cabeza, solamente se subdivide entre ellos; acrece y se reune á las otras partes cuando no es recogida por ninguno de los conjuntos; pero si solo queda uno, se aprovechan los que quedan de la porcion que hubiera tenido su conjunto, y lo hacen con preferencia á todos los demas. Un ejemplo de esto nos ofrece el escolio siguiente. Véase á Vinio *en este tit. n. 1.* (*Nota del Trad.*)

(**) De aqui es, v. gr., que si el testador escribiere: doy, lego al primero el fundo Tusculano: doy, lego el mismo al segundo: doy, lego el mismo en partes iguales al tercero y al cuarto: doy, lego el mismo al quinto y al sesto; faltando el quinto, su parte acrece con las cargas al sesto que quiere; la porcion del cuarto que falta acrece tambien con las cargas al tercero que quiere; faltando el primero su porcion acrece á todos, aun á los que no quieran, de suerte que tendrá el segundo una tercera parte, otra tercera parte el tercero y el cuarto, y otra tercera el quinto y el sesto.

630. Pueden dejarse legados, *puramente*, *desde ó hasta cierto dia*, *bajo de condicion*, *de demostracion*, *de causa y de modo*. *l.* 1. *pr.* *D. de cond. et. dem. l.* 17. *pr.* §. *ult. l.* 72. §. 6. D. *lug. cit.*

631. Se lega *puramente*, cuando no se suspende el legado por ningun evento, y entonces cede y viene el dia desde que muere el testador (*), *l.* 5. §. 1. D. *quand. dies leg. ced.*, escepto el legado de usufructo, de uso, de habitacion, de libertad (y antiguamente el de opcion), cuyos dias ceden desde que se ade la herencia, porque los le-

---

630. *Al fin*) Obsérvese que la demostracion no es otra cosa que la descripcion que se hace por los pronombres demostrativos, el cual, la cual, lo que; por causa se entiende el motivo que impute á hacer el legado; y el modo no es otra cosa que el fin para que se hace el legado.

631. *Cede y viene el dia*) Por lo cual se transmite este legado á los herederos si el legatario sobrevivió al testador, aunque solo fuese por un instante; y por esto, si el heredero fuese moroso en pagar, se deben las usuras ó intereses desde el dia de la muerte del testador.

Desde que se ade la herencia) De suerte que si se lega alguna de las cosas que perecen con la muerte del legatario, cede el dia del legado desde la adicion de la herencia, porque no tiene aqui lugar el efecto de la cesion, esto es, la transmision del legado á los herederos. *Knorio.*

gados de este género no se transmiten á los herederos, *l. un.* §. 2. D. *quand. dies ususfr. leg. ced.* l. 8. *D. quand. dies leg. ced.* l. 16. *D. de opt. leg.*

(*) Se dice que cede el dia desde que empieza á deberse, y que viene desde que puede pedirse, *l.* 213. *D. de verb. sign.*

632. Se lega tambien *hasta cierto dia*, v. gr. lego las cosas á Mevio por el espacio de diez años; y desde dia cierto ó incierto, v. gr.: lego á Sempronio un huerto diez años despues de mi muerte, ó desde el tiempo en que tuviere hijos. En el primer caso, el dia cede y viene inmediatamente desde la muerte del testador; en el segundo el dia cede, si es cierto, pero no viene, á no ser que exista, *l.* 5. §. 1. *l.* 21. *D. quand. dies leg. ced.* Si es incierto, ni cede ni viene antes que exista, *l.* 21. *l.* 22. *D. lug. cit.*, porque el dia incierto se tiene por condicion, *l.* 75. *D. de condit. et. demonstr.*

633. Acerca del legado *condicional* se debe observar lo que digimos en el §. 545. *y sig.* Ademas, en este legado, no cede ni viene el dia antes de cumplirse la condicion, *l.* 5. §. 2. *D. quand. dies leg. ced.* por lo cual, si el legatario muere antes de cumplirse la condicion, no se transmite á los herederos (549. 6. 833. 4.) (lo que no sucede en los contratos), ni el legado se adquiere para el padre, si se cumple la condicion emancipado el hijo (lo que tampoco se verifica en los contratos), *l.* 18. D. *de reg. jur. l.* 5. §. 2. D. *quand. dies leg. ced.*

634. Se lega con *demostracion*, cuando se espresa alguna circunstancia ó cualidad de la persona ó cosa legada para determinarla con mas certeza, v. gr.: doy, lego á Sticho, el cual lo compré á Mevio, *l.* 34. *pr. D. de cond. et dem.* Aparece pues de aqui que la condicion designa mas bien la cosa futura, y la demostracion la cosa pasada, *l.* 34. §. 1. D. *lug. cit.* Acerca de la cual debe advertirse, que siendo falsa, no vicia el legado, *l.* 17. *pr. l.* 34. *l.* 40. §. 4. D. *lug. cit.*, como tampoco el error cometido en el nombre, §. 30. *Inst. e. t. l.* 4. D. *de legat.* 1., pues este hace las veces de demostracion, *l.* 34. *pr.* D. *lug. cit.*

---

632. *Si es incierto)* Y de tal suerte que ignoramos si existirá; pues si aun cuando fuese incierto supieremos que ha de existir, no se tiene por condicion sino por dia, v. gr. lego á Ticio ciento, si muriese. *

633. *Lo que no sucede en los contratos)* La razon es, porque de la promesa resulta un derecho perfecto, el cual se devuelve á los herederos; mas en los legados, al contrario, como que consiste en una esperanza incierta, porque la voluntad del hombre es variable hasta la muerte. Y aun cuando al tiempo de la muerte resulte un derecho perfecto, no se transmite á los herederos porque no cedió el dia. * V. *la nota al* §. 833. * V. *si muriese.*

634. *En el nombre)* A no ser que cometiese error en el nombre comun, como si legase una alhaja queriendo legar un vestido, pues nadie puede mudar á su arbitrio los nombres de las cosas, aunque puedan mudar los de los hombres. *d. l.* 4. *pr. l.* 7. §. 2. *D. de supellut legat.*

Al fin) Sin embargo, falla esta regla: 1.º Si la demostracion se tomare de cier-

635. Se lega bajo de *causa*, siempre que el testador señala la causa impulsiva, v. gr. doy, lego á Ticio porque agenció mis negocios, §. 31. *Inst. e. t. l.* 72. §. 6. D. *de cond. et dem.* Si la causa es falsa no vicia el legado (*), §. 31. *Inst. e. t.*, á no ser que el heredero pruebe que si el testador hubiera sabido que la causa era falsa no hubiera hecho el legado, pues entonces tiene lugar la escepcion de dolo, *l.* 72. §. 6. D. *de cond. et dem.*

(*) El legado se asemeja á una ley (602. *), y asi como esta no deja de obligar, porque sea falsa la causa que espone el legislador, asi tampoco en los legados. De este modo se debe entender lo que dice Papiniano, esto es, que el motivo de legar no tiene conexion con el legado, *l.* 72. §. 6. *D. de condit. et demonstr.*

636. El legado bajo de *modo* se hace siempre que se espresa el fin para que se lega, v. gr.: doy, lego á Ticio para que reedifique sus *casas*, *l.* 17. §. *ult. D. lug. cit.*

637. En este legado cede y viene el dia inmediatamente, con tal que el legatario preste caucion de que cumplirá el fin para que se legó (*), *l.* 40. §. *ult. l.* 80. *D. lug. cit.*

(*) Lo mismo sucede si la herencia ó el legado se hubieren dejado bajo de condicion negativa, pues esta no suspende la herencia ó el legado si el heredero ó legatario caucionan que cumplirán la condicion, cuya caucion se llama Muciana, de su inventor, *l.* 7. *pr. D. de cond. et dem.* Lo contrario se observa en las estipulaciones celebradas bajo de condicion negativa, pues esta las suspende hasta la muerte, produciendo el mismo efecto que si se hubiera estipulado dar la cosa cuando uno muriese, §. 4. *Inst. de verb. oblig.* Esta caucion tampoco se admite en las convenciones. Cujac. *Obs. lib.* 14. *cap.* 37.

638. Hasta aqui de los legados válidos segun derecho. Las leyes romanas no sostienen los legados *captatorios*, v. gr. lego mil á Ticio si él me legare otro tanto, *l.* 64. D. *de leg.* 1.; pero si se sostienen los legados dejados *por via de pena*, á no ser que se imponga al heredero

---

to lugar y en él nada se encontrase, *L.* 108. §. 10. *D. de legat.* 2.° Si no se espresase ninguna cantidad cierta. *L.* 75. *D.* §. 1. *D. lug. cit.* 3.° Si la demostracion envolviese contradiccion. V. Vinnio. *Comment. á la Inst. e. t.* §. 30 *n.* 1. *

635. *Hubiera sabido*) Asi podrá colegirse si el legatario persuadió al testador dolosamente de una cosa que era falsa, y el testador inducido de este error le dejase un legado, pues en tal caso se opone al legatario la escepcion de dolo malo. *

637. *El legatario*) Pero no hay necesidad de esta caucion, si aunque el legado se le dejase bajo de modo, no interesa su cumplimiento al heredero ó al testador, pues entonces puede el legatario renunciar lo introducido en su favor. *

638. *Captatorios*) Pues este era uno de los injustos medios y amaños de que se valian muchos para que los demas les dejasen por herederos (*hæredipetarum*); medios que justamente han reprobado todos los legisladores. Pero si la fórmula en el párrafo espresa se refiriese á tiempo pasado y no á tiempo futuro, vale el legado, y no se llama captatorio, sino remuneratorio. * Téngase cuidado de no comprender aqui las instituciones recíprocas que provocaba el mútuo afecto, *L.* 70. *D. de hæred inst.* Bynkershoek espuso todos los casos que sobre esta materia pueden ocurrir, en su opúsculo de *captator. institut.*

alguna cosa torpe, v. gr.: si mi heredero no matase á Seyo le condeno á que dé mil á Mevio; de otra suerte manda Justiniano que valgan como condicionales, §. *ult. Inst. e. t.* Véase á Bynkershoek, *sobre los legados dejados por via de pena, y el lib.* 2. *tit.* 20. §. 14. *de nuestras Antigüed. Rom.*

639. Cediendo inmediatamente el dia de los legados dejados puramente (606.), se sigue, que puedan pedirse con los frutos, accesiones y usuras debidas desde el tiempo de la mora, *l.* 39. §. 1. D. *de leg.* 1. *l.* 42. D. *de usur.*: 1.° con la *vindicacion de la cosa*, si se lega la especie propia del testador, pues esta accion nace del dominio, *l.* 23. *pr.* D. *de rei vind.*, el cual pasa al legatario inmediatamente despues de la muerte del testador, *l.* 80. D. *de leg.* 2.; 2.° con la accion personal del testamento, porque adiendo el heredero la herencia, se juzga que cuasi contrae con los legatarios, §. 5. *Inst. de oblig. quæ quasi ex contr.* 3.° con la accion hipotecaria, porque los bienes hereditarios estan hipotecados tácitamente á los legatarios y fideicomisarios, *l.* 1. *C. comm. de legat.*

»Por nuestras leyes hay obligacion de dejar ciertos legados á determinados lugares para objetos piadosos. El legado de cosa agena es »válido, aunque el testador supiera que lo era, si lo hace á favor de »su muger ó de un pariente. La cosa agena debe desempeñarla el »legatario si estaba empeñada por menos de su valor y el testador lo »ignoraba. Tambien tiene lugar el derecho de acrecer en los legados »aunque no lo tenga en las herencias. V. *la ley* 10. *tit.* 9. *Part.* 6.»

TITULO XXI.

De la revocacion de los legados.

640. Pudiendo el hombre variar su voluntad hasta la muerte (573. **), es claro que puede revocar los legados y fideicomisos, y transferirlos á otros; y pudiendo dejarse los legados sin solemnidad, se sigue, que tambien puedan quitarse y transferirse sin ella, *pr. Inst. e. t.*

Alguna cosa torpe) Mas si el hecho que se impone al heredero fuese en si indiferente ó lícito, deberá prestarlo, ó deberá pagar el legado dejado por via de pena, porque es igual á si se hubiese dejado el legado bajo condicion.

639. *De la demora*) Esto es, desde el tiempo de la litis contestacion; mas no desde que se tardó en pagar, á no ser en el legado dejado á los menores, como se colije *de la ley* 9. *C. in quib. causs. in integ. vest. necess. non est.* Pero si se legó cierta especie del testador y la vindicase el legatario, se le deberán los frutos y accesiones desde la muerte de aquel.

Al fin) Hay algunos casos en que se conceden otras acciones; pues si se legare una servidumbre, competirá al legatario la accion confesoria, §. 2. *Inst. de servit.* Si el testamento encierra vicio de nulidad, puede conseguir el legatario la posesion de la cosa legada. *L. ult. C. de edict. Divi. Had. tabl.*, y finalmente, el derecho canónico concede á los legados hechos por pias causas un remedio singular en el *cap.* 19. *de testam.*

641. Quítanse los legados, siempre que el testador no quiere que se dé al legatario lo que le dejó; y esto se hace ó *ipso jure* ó por medio de escepcion.

642. *Ipso jure* se quitan los legados ó por palabras ó por hechos. Por palabras, si el testador dice en el testamento ó en codicilo que ya no da ni lega lo que dió y legó á Ticio, *pr. Inst. e. t.* Por hechos, si borrare la cláusula que contiene el legado, *l.* 16. D. *e. t.*, ó destruyere la cosa legada, *l.* 65. §. 2. D. *de legat.* 1., ó la diere otra forma, de suerte que no pueda reducirse á su primera especie, *l.* 88. §. 2. 9. *de legat.* 3., si la donare, vendiere ó enagenare de otro modo sin necesidad, ó exigiere el legado de nombre, §. 12. *y* 21. *Inst. e. t.*

643. Quítanse por medio de escepcion, siempre que existen claras señales de haberse mudado su voluntad, como si hubiere habido enemistad capital entre el testador y el legatario, y no se hubieren reconciliado, *l.* 3. §. *ult. l.* 4. D. *e. t.*, ó si el testador demostrase su contraria voluntad delante de dos testigos, ó en una cédula, *l.* 13. D. *e. t. l.* 27. *C. fideic.*

644. Transfiérense los legados: 1.º mudando la persona del legatario, v. gr. doy, lego á Mevio el fundo que habia legado á Ticio (*); 2.º mudando la persona por medio de la cual se lega, v. gr.: el fundo que habia legado á Ticio de los bienes de Seyo heredero, lo doy y lego ahora de los de Sempronio; 3.º mudando el mismo legado, v. gr.: en lugar del fundo que habia legado á Ticio, le doy y lego mil; 4.º mudando el modo de legar, v. gr. lego á Ticio con la condicion de que venga á esta ciudad el mismo fundo que le habia legado puramente, §. 1. *Inst. l.* 6. D. *e. t.*

(*) Es requisito indispensable que se esprese el nombre del primer legatario, pues de otra suerte no habria traslacion de legado, sino que Ticio y Mevio se tendrian por colegatarios, *l.* 33. *pr. D. de leg.* 1.

---

641. *Se quitan*) Cuatro son los modos por los cuales se puede perder el legado. Se entiende *quitado ó revocado* siempre que el testador muda de voluntad; *se transfiere* cuando se hace alguna alteracion relativa al legado; *se tiene por no escrito*, cuando es nulo ó no tiene efecto, y finalmente, *se quita como indigno*, cuando lo vindica para sí el fisco á causa de haber cometido ciertos delitos el legatario. *

642. *A su primera especie*) Los antiguos aplicaron á los legados esta distincion que tiene lugar en la especificacion, segun se dijo en el §. 358. y sig. * Asi pues, si se legan unos maderos y se hace de ellos una nave, no se deberá la nave. Por el contrario, si se legase cierta masa de plata y de ella se hiciese una copa, permanece el legado y se pedirá legítima y justamente la copa. Si se legase una área ó solar, y despues se edificare en él una casa, se deberá dar la estimacion del solar, como parece siente Paulo *en la ley* 98. §. *ult. de colut.* Javoleno juzga que se deberá la área y el edificio, *en la ley* 39. *D. de legat.* 2., cuya opinion apoya Ulpiano *en la ley* 44. § 4. *D. de leg.* 1., á no ser que aparezca haber mudado el dueño de voluntad. Disiente de los demas jurisconsultos Celso, *en la ley* 79. §. 2. *D. de legat.* 3., cuya opinion intenta conciliar con la de Paulo. Hub. *Prælect. Inst. e. t.* V. Tomas. en las notas á la ley citada.

643. *No se hubieren reconciliado*) La prueba de estas escepciones incumbe siempre al heredero constituido, y al contrario, siempre que del mismo testamento consta la mutacion de la voluntad, no se necesita de prueba alguna. *

645. Siendo la traslacion, que se hace mudando la persona del legatario, revocacion del legado, y al mismo tiempo constitucion de otro nuevo, *l.* 5. D. *e. t.*, se sigue claramente, que para esta traslacion se necesitan cinco testigos (606. 4.), pues de otra manera, si bien se revoca el legado, no pasa al legatario posterior, y así ninguno de los dos le tomará.

646. Los legados se estinguen algunas veces sin la voluntad del testador, como sucede: 1.° si muriese el legatario antes que el testador, y no hubiese ningun colegatario que estuviese conjunto á él (627.), *l. un.* §. 2. *C. de cad. toll.*; 2.° si muriere antes de cumplirse la condicion (633.), *L.* 5. §. 2. D. *quando dies leg. ced.*; 3.° si la cosa agena legada llegare á ser adquirida por el legatario por título lucrativo antes de la muerte del testador (612.), §. 6. *Inst. de legat.*; 4.° si pereciere la cosa legada sin culpa del heredero (620.), §. 16. *Inst. de legat*; 5.° si el testamento fuere nulo, roto, írrito, *l.* 17. D. *de injust. rupt. irr.*, mas no si resciso (569. 574. y 575.), *Nov.* 115. *cap.* 3. §. *ult.*; 6.° si faltare la condicion (548. 2.), *l.* 3. *l.* 27. *al fin.* D. *de cond. Inst.*

647. Algunas veces se tienen tambien los legados por no escritos; y otras se quitan por el fisco á los legatarios por reputárseles indignos de adquirirlos. Véase el Digesto, *lib.* 34. *tit.* 8. y siguientes.

»Por nuestro derecho valen los legados, aunque se rompa el testamento. *L.* 1. *tit.* 4. *lib.* 5. *Nov. Recop.* Se quitan de cualquier modo »que conste la voluntad del testador. *Ll.* 39. *y* 40. *de la Part.* 6. *tit.* 9.»

TITULO XXII.

De la ley Falcidia.

648. Pertenece tambien á los legados la ley Falcidia, publicada á los 713. F. R. por P. Falcidio, tribuno de la plebe, siendo cónsules Cn. Domicio, M. F. Calvino y C. Asinio Polion. (Dio. Cas. *lib.* 48.) Por ella se mandó que ninguno pudiese legar mas de las tres cuartas par-

---

645. *La persona del legatario)* Esta constitucion de nuevo legado resulta tambien en las demas especies de translacion.

646. *Llegase á ser adquirida)* A no ser que lo legado fuere cantidad, pues no tiene lugar en los legados de cantidad la regla de que dos causas lucrativas no pueden concurrir en una persona sobre una misma cosa. *Knorio.*

Si pereciere) Esto es, si se legare una especie ó un individuo; pues el género y la cantidad nunca perecen. ✠

Si faltare la condicion) Pero si el legatario hiciere cuanto estuviere de su parte para que se cumpliese la condicion, y su cumplimiento no dependiere solamente de él, se tiene por cumplida. ✠

647. *Al fin)* La diferencia que hay entre tenerse los legados por no escritos y ser quitados como indignos, se reduce á que aquellos permanecen en la herencia, y estos se vindican por el fisco. ✠

648. *Ninguno pudiese legar)* El verdadero fundamento de esta ley ha de buscarse en las palabras de las leyes de las doce tablas: *pater familias uti legassit, ita jus esto*, pero como abusaran los testadores de esta ámplia libertad, y agotada toda

tes de sus bienes, esto es, no mas de las nueve partes del *as*, y que si legaba mas, el heredero pudiera retener tanto cuanto fuera suficiente para que le quedase íntegra la cuarta parte de la herencia. Cayo, *Inst. lib. 2. tit. 8. l. 1. pr. D. e. t.*

649. Pudiendo el padre de familia legar cuantas cantidades quisiese segun las leyes de las doce tablas, y gravando muchas veces los testadores á los herederos con tantos legados que apenas les quedaba utilidad, *pr. Inst. e. t.*, se establecieron varias leyes en favor del heredero (*), de las cuales ninguna, á escepcion de la Falcidia, fué bastante para refrenar los escesos de los testadores, *pr. Inst. e. t. l.* 120. D. *de verb. sign.*

(*) Primeramente se estableció la ley Furia por C. Furio, tribuno de la plebe, la cual mandó que á ninguno pudiera legarse mas de mil ases, á escepcion de los cognados y de ciertas personas, Ulp. *Fragm. tit.* 18. §. 7. Mas como esta ley solamente prohibió que se legasen mil ases á una persona, pero no que pudiera legarse á muchas la misma suma, Voconio Saxa, tribuno de la plebe, propuso á los 594 años F. R. una nueva ley, por la cual se mandó que ninguno legase á otro mas de lo que dejaba al heredero ó herederos. Pero como sucediese que solamente se dejase al heredero una parte muy pequeña de la herencia, y reusase adirla por la poca ó ninguna utilidad que le quedaba, resultaba que quedaban destituidos muchos testamentos, sin que se consiguiese el objeto que se proponian estas leyes *(a)*, *pr. Inst. e. t.*

(a) Segun Du Caurroy (*Instit. de Justin. expliquées*), Voconio Saxa dió la ley Voconia en 585, y Falcidio la ley Falcidia en 714, en el consulado de Calvino y de Polion; la ley Furia anterior á estas dos remonta segun Haubold al año 571; por lo que no puede ser confundida con la Fusia ó Furia Caninia dada en 761, como hacen algunos autores. (*Nota del Trad.*)

650. Asi pues, segun esta ley: 1.° debe quedar al heredero íntegra la cuarta parte de los bienes; 2.° si no le queda, se debe sustraer á prorata de cada legatario lo suficiente para completarla.

651. Por tanto, deduce esta cuarta parte el heredero gravado, solamente si es testamentario, segun la mente de la ley; y segun la interpretacion del emperador Pio, aunque fuere legítimo ó abintestato, *l.* 18. *pr.* D. *e. t.* De aqui se sigue: 1.° que si hay muchos coherederos, la deduccion de la cuarta ha de ser respecto de cada uno de ellos §. 1. *Inst. e. t. l.* 77. *D. lug. cit.*; 2.° que si de dos instituidos la porcion que se deja al uno se consume en legados, y la que se deja al otro, se le deja salva y entera (*), y llega el caso en que falta uno de los

la herencia en legados casi nada dejase al heredero, Falcidio estableció las reglas que debian observarse en los legados, como consta de la *ley* 20. *D. de verb. oblig.*

651. *Al heredero gravado*). Puede obligar el heredero al legatario para que pague las deudas? No podrá, porque no pasan al legatario las cargas hereditarias como en el fideicomiso, *L.* 17. §. 5. *D. ad Sc. Trebel.*

De cada uno de los herederos) Cuando á cada uno de los herederos se señaló una parte, y ambas partes se agotaron en legados ó se gravaron mas de lo permitido, cada uno de los herederos pueden detraer la Falcidia. Pero si se les instituyó juntamente sin señalarles partes, deducirán la Falcidia á prorata todos ellos ó ninguno.

Si esta acrece á aquella) La razon de esta sutil disposicion es, que el que su-

coherederos, entonces puede sustraerse la cuarta si la porcion gravada acrece á la no gravada; mas no si esta acrece á aquella, *l.* 78. *l.* 87. §. 4. *D. e. t.*; 3.° que el beneficio de la cuarta no se concede á los legatarios y fideicomisarios por mas gravados que esten, *l.* 47. §. 1. *D. e. t.*

(*) Esto es, si se legó á Ticio la mitad de la herencia y se distribuyó toda en legados, y á Seyo se legó la cuarta parte de la herencia, sin gravarla con legado alguno, compete á Ticio la deduccion de la cuarta Falcidia. Asi se estableció para quitar la duda que habia, sobre que en tal caso parecé que se habia observado la ley Falcidia, pues que se habia dejado ya la cuarta parte salva. (*Nota del Trad.*)

652. Debiendo quedar al heredero íntegra la cuarta de los bienes, se sigue, que para sustraerla debe atenderse á los que dejó el testador al tiempo de su muerte, §. 2. *Inst. e. t. l.* 56. *pr.* D. *lug. cit.*; y por tanto, ni el aumento ni la diminucion que tengan despues de ella aprovecha ó daña á los legatarios, *l.* 73. *pr.* D. *lug. cit.* Que no se saque la cuarta sin deducir primero las deudas (pues sin esta deduccion se supone que no hay bienes, *l.* 39. §. 1. D. *de verb. sign.*), los gastos del funeral, el precio de los siervos manumitidos, y las impensas hechas para la acepcion de la herencia, §. 3. *Inst. l.* 29. *C. e. t. l. ult.* §. 9. *C. de jur. delib.* Que no se compute en esta cuarta sino lo que recibe el heredero en virtud de la institucion (*), *l.* 74. *l.* 76. D. *e. t.*

(*) Lo contrario sucede en los fideicomisos, pues para la cuarta Trebeliánica todo se computa. (669. 1.)

653. Se detrae la cuarta: 1.° de los legados, y como los legados y los fideicomisos estan enteramente equiparados, se sustrae tambien; 2.° de los fideicomisos particulares, *l.* 18. *pr.* D. *e. t.*, y por interpretacion se estiende tambien; 3.° á las donaciones *mortis causa*, *l.* 5. *C. e. t.*, mas no á las entre vivos. Esceptúanse sin embargo las donaciones que los cónyuges se hacen mutuamente, *l.* 12. *C. e. t.*

---

cede en lugar de otro se entiende que sucede tambien en sus derechos. ○ Si la parte no gravada acreciere al coheredero cuya parte lo estaba, como que ya se lucra de la herencia con la parte acrecida, deberá pagar íntegros los legados, lo cual no estaba obligado á verificar, si hubiere existido el coheredero cuya parte acreció. Pero si acreciere la parte gravada al coheredero que no la tenia gravada en mas de lo permitido, puede detraer la Falcidia, porque de lo contrario nada le hubiera acrecido. *Knorio.*

Al fin) Varios son los remedios que competen al heredero para el efecto de conseguir la cuarta. Si poseyese la herencia goza del derecho de retencion, y en caso de ser reconvenido con la escepcion de dolo, si no la poseyese ó pagase por error de hecho, le competen la vindicacion de la cosa, la condicion de lo indebido y el interdicto *quod legatorum*. Cujac. *obs. lib.* 8. *cap.* 2.

652. *Manumitidos)* Esto es, el precio que mandaba pagar el testador por los siervos que otro manumitia. ○

En virtud de la institucion) De suerte, que si se le hiciesen legados bajo condicion ó desde cierto dia, los frutos y los réditos que se percibieron entre tanto de las cosas legadas deben imputarse en la cuarta Falcidia. *L.* 68. *pr. L.* 88. §. *ult. D. e. t.*

653. *Mutuamente)* Cuyas donaciones se confirman á su muerte.

654. No tiene lugar la detraccion de la Falcidia: 1.° en la dote legada por el marido á la muger, *l.* 81. §. 1. *D. e. t.*; 2.° en el testamento del soldado (no veterano), porque está exento de las leyes que arreglan la testamentifaccion, *l.* 17. *l.* 92. *l.* 40. *D. l.* 7. *C. e. t.;* 3.° en los bienes que el testador prohibe enagenar, *Autent. Sed et in ca re, C. e. t.;* 4.° en los que el heredero comete dolo, *l.* 24. D. *e. t.;* 5.° en los legados hechos por causas piadosas, *Nov.* 131. *cap.* 12.; 6.° en la libertad legada, *l.* 33. *l.* 34. *l.* 43. D. *e. t.;* 7.° si el testador prohibe espresamente la sustraccion de la cuarta (*), *Nov.* 1. *cap.* 2. §. 2.; 8.° si muerto el testador, prometiere el heredero dar íntegros los legados, *l.* 46. *l.* 71. D. *l. ult. C. e. t.*, ó los diere á sabiendas ó por ignorancia, *l.* 9. *C. lug. cit.;* 9.° si el heredero hace dolosamente alguna cosa con el objeto de destruir el fideicomiso, *l.* 59. *pr. l.* 68. §. 1. D. *e. t.;* 10. si el testador diere en vida al heredero la cuarta ó su equivalente, *l.* 56. §. *ult. l.* 91. D. *e. t.;* y finalmente, 11. si el heredero no hiciere inventario, *l. ult.* §. *penult. C. de jur. delib.*

(*) Justiniano dispuso esto contra la razon de la ley Falcidia, la cual no solamente se estableció en favor de los testadores, para que sus testamentos no quedasen destituidos, sino tambien en favor de los herederos, para que no tomasen la herencia sin utilidad, *l.* 71. *D. e. t.* Mas Justiniano, prescindiendo de todas estas consideraciones, concedió á los testadores la facultad de prohibir la sustraccion de la Falcidia, *l.* 15. §. *ult. D. e. t.*

»Segun nuestras leyes, el heredero descendiente del testador puede »deducir, ademas de la legítima, la cuarta Falcidia. L. 1. *tit.* 10. »*Part.* 6.»

TITULO XXIII.

De las herencias fideicomisarias y del senadoconsulto Trebeliano.

655. Hasta aqui de las herencias y de los legados, los cuales se dejan con palabras directas é imperativas. (493. * 602.) Síguese tratar de los fideicomisos, los cuales se dejan con palabras oblicuas ó precativas.

656. Los fideicomisos son universales ó singulares. De aquellos se

---

654. *La dote)* Pues la dote debe restituirse disuelto el matrimonio, aun cuando no se hubiera legado.

Dolosámente) Asi pues, pasa al fisco la parte que podia retener el heredero, como en el caso que espresa Marcelo en *la ley* 6. *b. D. de his quæ ut indign. auf.*

En la libertad legada) Pues la libertad no admite estimacion, por lo que no admite tampoco detraccion. *

Por ignorancia) Esto es, por ignorancia de derecho, mas no por error de hecho, *d. l.* 9.

De destruir el fideicomiso) Como si ocultase el testamento ó los codicilos en que se dejó el fideicomiso, ó dijese que habia perecido la cosa legada, siendo falso.

O su equivalente) Pues aunque no se imputa en la cuarta lo que se recibe del testador por título singular, sin embargo, se imputará si se recibió con el fin de renunciar la detraccion de la cuarta. *

trata en este título; de estos en el siguiente. Se llaman universales los fideicomisos, cuando se deja al instituido la herencia ó parte de ella por título universal y con palabras precativas.

657. Dejándose estos fideicomisos con palabras precativas, se sigue, que debe haber; 1.° fideicomitente; 2.° heredero fiduciario á quien se ruegue que restituya, el cual aunque haga la restitucion, queda siendo heredero por rigoroso derecho, §. 3. *Inst. e. t. l.* 88. D. *de hæred. inst.*; 3.° fideicomisario á quien se restituya la herencia en virtud del fideicomiso.

658. La restitucion se impone ó espresamente al fiduciario, v. gr.: sea Ticio heredero, mas le ruego que restituya la herencia á Sempronio; ó se juzga impuesta tácitamente, como si dijere el testador: ruego al heredero que no enagene la herencia, sino que la deje á la familia, *l.* 69. §. 3. D. *de leg.* 2.; ó ruego que no haga testamento mientras tenga hijos, *l.* 74. *pr.* D. *ad SC. Treb.*; ó ruego que nombre á Seyo por heredero en su testamento, *l.* 17. *pr. D. lug. cit.* De aqui es que los fideicomisos son ó espresos ó tácitos.

659. Dejándose de este modo la herencia ó parte de ella por título universal, se sigue: 1.° que puedan hacer fideicomisos los que pueden testar, *l.* 2. D. *de legat.* 1.; 2.° que pueda gravarse con fideicomisos á todos los herederos, ó á los que reciben la herencia ó alguna parte de ella, *l.* 1. §. 17. D. *ad SC. Trebell. l.* 9. *C. de fideic.*, y aun á los fideicomisarios, §. 11. *Inst. e. t.*; bien que los doctores restringen estas sustituciones fideicomisarias al cuarto grado, segun la *Nov.* 153., la que esceptua el caso especial en que alguno fuere heredero por medio de un impuber; 3.° que pueda restituirse el fideicomiso á aquellos que tienen testamentifaccion (*), *l.* 67. §. 3. D. *ad SC. Trebell.*

(*) Esto es, por derecho nuevo, pues los fideicomisos se dejaban antiguamente á los que no podian tomar nada en virtud del testamento, §. 1. *Inst. e. t.* Ulp. *Fragm. tit.* 25. §. 16. Se hallan ejemplos en Cic. *de finib. lib.* 2. *cap.* 58. Quintil. *Declam.* 324. Val. Max. *lib.* 4. *cap.* 2. §. 7.

---

656. *Parte)* Entiéndase una parte *quota*, v. gr. la mitad, la tercera, la cuarta parte; pues si hay que restituir una parte *cuanta*, v. gr. 600, entonces será el fideicomiso singular. ✿

Por título universal) Pues aunque haya que restituir solamente una parte de la herencia, se sucede con respecto á ella en todos los derechos del difunto.

657. *Heredero fiduciario)*. Si intervienen mas personas en el fideicomiso pueden ser fiduciarias ó fideicomisarias; fiduciarias, con respecto á la persona siguiente; fideicomisarias, por razon de la antecedente. ✿

658. *Tácitamente)* Con tal que se esprese la persona á cuyo favor se encomienda al fiduciario que restituya la herencia. Si consta de las palabras que el fideicomiso se hace en favor de la familia, entonces será un fideicomiso singular, acerca de los cuales trata Knipschildio y Bertio. ✿

659. *Al cuarto grado)* Escepto en los fideicomisos familiares que no estan restringidos á grado alguno, sino que duran mientras hay varones de la familia. Lo mismo se dirá si aparece que el testador quiso espresamente que se estendiese el fideicomiso hasta lo infinito.

✿ *A los que no podian adquirir por testamento)* Esto fue abrogado por el SCto. Panciano, que estableció, que no pudiera recibir por fideicomiso el que no podia adquirir la herencia. ✿

660. Pudiendo gravarse con fideicomisos á los herederos y á quienes llega la herencia ó parte de ella, se sigue: 4.º que los fideicomisos no solamente se pueden dejar en testamento, sino tambien abintestato, §. 10. *Inst. e. t.* (pues el testador honró bastante á los herederos legítimos con no haberlos escluido, *l.* 1. § 6. D. *de legat.* 3. *l.* 8. §. 1 D. *de jur. codicill.*), que se dejen delante de cinco testigos, á no ser que el enfermo deje de palabra al heredero el fideicomiso, en cuyo caso vale aun sin testigos, pudiendo prévio el juramento de calumnia, deferirse al del fiduciario; y si reusare prestarlo, está obligado á pagar, §. *ult. Inst. e. t.*

661. Imponiéndose la restitucion al heredero fiduciario, se infiere: 5.º que la herencia pueda dejarse por medio de fideicomisó no solamente puramente y bajo de condicion, sino tambien desde dia cierto, §. 2. *Inst. e. t.*, pues aunque se deje asi, no múere el testador parte testado y parte intestádo. (491. 3.)

662. Como los fideicomisos se dejan con palabras precativas, y como no produzcan obligacion, á menos que haya promesa de cumplirlos, infirieron los antiguos que el heredero fiduciario no estaba obligado por derecho á entregar el fideicomiso sino solamente por decoro, §. 1. *Inst. e. t.* Ulpian. *Fragm. tit.* 25. §. 1.

663. Pero como los fidúciarios procediesen unas veces con probidad, y otras con perfidia, Augusto mandó que estuviesen obligados á entregar los fideicomisos, y al efecto revistió á los cónsules de la facultad de compeler á ellos á los herederos fiduciarios. Inducido de las mismas razones Claudio nombró despues dos pretores fideicomisarios, uno de los cuales suprimió Tito, §. 1. *Inst. e. t. pr. Inst. de codicil. l.* 2. §. 31. D. *de orig. jur.* Sueton. Claud. *cap.* 23.

---

660. *Abintestato*) Con tal que se encomiende el fideicomiso á un heredero estraño. Pues los hijos no deben ser gravados en la legítima, puesto que no la reciben por beneficio de sus padres, sino por disposicion de la ley.

Deje de palabra al heredero) Debiendo estar el heredero presente, porque si se gravase al heredero con un fideicomiso por medio de una carta, deberán firmarla hasta cinco testigos. *L.* 22. *C. de fideicom.*

663. *Augusto*) El motivo y la historia de esta disposicion se encuentran en el §. 1. de la *Inst. e. t.*, y en el *pr. Inst. de codicill.*, de donde, se deduce que Augusto se separó del principio de derecho natural, que no atribuye eficacia ni obligacion á una mera súplica. (*a*)

(*a*) Segun Du Caurroy no es el verdadero orígen de los fideicomisos el que se espresa en los pasages citados. He aqui en lo que se funda. Justiniano dice en ellos, que los fideicomisos no tenian fuerza; porque nadie estaba obligado á ejecutar una súplica (*quia nemo invitus cogebatur præstare id de quo rogatus erat*); pero acaso no era este el verdadero motivo. Cuando un ciudadano romano queria beneficiar por última voluntad á ciertas personas, respecto ó las cuales no tenia testamentifaccion, ó que no podian tomar mas que una parte de lo que se les dejaba; cuando queria hacer varias disposiciones que bajo la forma de institucion directa ó de legado no hubieran tenido efecto, ó lo hubieran tenido parcialmente, se valia para conseguir su objeto de un medio indirecto: la institucion ó el legado que no podia hacer en favor de un peregrino, de un celibatario &c., lo hacia en favor de otra persona susceptible de adquirirlos sin ningun obstáculo.

664. Como el heredero fiduciario queda siendo heredero por estricto derecho, aun despues de restituir la herencia (657.), y por lo mismo obligado á pagar todas las deudas (596.), siendo muchas veces compelido á restituir toda la herencia (656.), resultaba lo que dijimos que acontecia en los legados, esto es, que los herederos no quisiesen adir las herencias que debian restituir, en razon del corto ó ningun lucro que les quedaba, y de su responsabilidad hácia los acreedores, *l.* 1. §. 3. D. *ad SC. Trebell.*

665. En consecuencia de esto, se estableció primeramente en tiempo de Neron (*) el senadoconsulto Trebeliano, por el cual se mandó, que si la herencia se restituia en virtud del fideicomiso, todas las acciones que por derecho civil competiesen al heredero ó contra el heredero, se diesen á aquel y contra aquel á quien se restituia la herencia por el fideicomiso, §. 4. *Inst. e. t.*

(*) El 25 de agosto del año 814 F. R., siendo cónsules L. Anneo Séneca y Trebelio Máximo, *l.* 1. *pr. D. ad SC. Trebell.* Mas nótese que este senadoconsulto no prohibió que las acciones pudieran establecerse directamente contra el derecho fiduciario, sino que solamente concedió á este escepcion para el caso de que se estableciesen, *l.* 1. §. 4. *D. ad SC. Trebell. l.* 1. §. 8. *D. quando de pecul. act. ann. est.*

666. Mas por cuanto ni aun asi reportaba el heredero ninguna utilidad, y la mayor parte de los fideicomisos se estinguian por falta de adicion, se mandó por el senadoconsulto Pegasiano, publicado en tiempo de los cónsules Vespasiano, Pegaso y Pusion, que el heredero fiduciario restituyese la herencia, y que pudiese retener la cuarta, asi como se hace en los legados segun la ley Falcidia; §. 5. *Inst. e. t.;* y que si despreciando esta utilidad no quisiese adir, se le compeliera á adir y á restituir la herencia, §. 6. *Inst. e. t.*

---

legal, encargándole que restituyere á aquellas personas todo ó parte de la herencia que se le habia confiado mas bien que dado. No eran pues obligatorios, porque el difunto no tenia otra garantia para la ejecucion de su voluntad que la fidelidad y el honor de aquel á quien elegia por heredero fiduciario, y de aqui viene el nombre que los *fideicomisos* han tomado de su propia naturalesa, mas bien que de los términos con que se dejaban. Asi pues, en los fideicomisos se solicitaba lo que no se podia exigir, y porque no podia exigirse, pues si los testadores hubieran podido asegurar el efecto de estas disposiciones, si para ello hubiera bastado un orden positivo, ¿hubieran preferido jamas el medio de las súplicas? ¿hubieran dejado á discrecion de otro lo que ellos podian hacer? Es claro que no, y asi, los primeros fideicomisos se han hecho en términos precativos, porque no eran y no podian ser obligatorios. Du Caurroy. *Inst. de Justin. explig.* §. 1. *t. t.* *(Nota del Trad.)*

664. No podia permitirse que se destituyesen los testamentos por los cuales se debian fideicomisos, pues que no recibian la herencia ni el heredero instituido ni el fideicomisario volviendo contra la voluntad del testador á la causa de intestado. ✪

665. *La herencia*) El sentido de este Scto. es, que pasasen al heredero fideicomisario las deudas que correspondan á la parte de la herencia que adquiere, de suerte que el fiduciario y fideicomisario estaban obligados á prorata á los acreedores. ✪

666. *Segun la ley Falcidia*) Asi pues, este Scto. no fue mas que la estension de la ley Falcidia á los fideicomisos universales, para que no quedaran destituidos los testamentos, si el fiduciario no se prometia de ellos algun lucro. ✪

667. Asi pues, aquel á quien quedaba íntegra la cuarta, restituia la herencia, en virtud del senadoconsulto Trebeliano, dándose entonces las acciones hereditarias contra uno y otro á prórata de lo que les tocaba; y aquel á quien no quedaba íntegra la cuarta, restituia la herencia, y sustraia dicha parte segun el senadoconsulto Pegasiano; é interponia estipulacion con el heredero, por la cual se obligaban recíprocamente á pagar las deudas en razon de sus partes y porciones respectivas (*), §. 6. *Inst. e. t.*

(*) El senadoconsulto Pegasiano, concediendo al heredero la retencion de la cuarta, deja que recaigan sobre él todas las consecuencias del título de heredero, es decir, todas las cargas hereditarias, y el ejercicio de todas las acciones activas. El fideicomisario no se asimila en este caso á un heredero, sino solamente á un legatario parciario, y como tal nada tiene que ver con los acreedores ni deudores del difunto, y solo puede dirigirse al heredero. Este, despues de haber entregado al fideicomisario la parte que le corresponde, queda único acreedor y único deudor de todo lo que se debe del testador ó por el testador. Asi pues es justo que ambos se respondan respectivamente de lo que el heredero hubiera pagado ó recibido por la parte del fideicomisario; pero la accion que con este objeto tienen el uno contra el otro no nace de sus cualidades respectivas, sino de las obligaciones que contraen recíprocamente por una doble estipulacion dicha *partis et pro parte*. V. Ulp. 25. *reg.* 5. (*Nota del Trad.*)

668. Pero Justiniano refundió de tal manera uno en otro, que sin hacer mencion del senadoconsulto Pegasiano todo lo refirió al senadoconsulto Trebeliano, §. 7. *Inst. e. t.*

669. Síguese de aqui: 1.° que el fiduciario (*) á quien no queda salva la cuarta parte de la herencia, llamada antes Pagasiana y hoy Trebeliánica, siempre puede retenerla, ó reclamarla si la ha pagado por error de hecho, §. 7. *Inst. e. t.*, incluyendo en ella todo lo que por cualquier título hubiere recibido del difunto, y aun los frutos de los bienes percibidos antes de la restitucion, *l.* 18. §. 1. *l.* 22. §. 2. *D. ad SC. Trebell.* Lo contrario sucede en la cuarta Falcidia.

(*) El fideicomisario á quien se ruega que restituya á otro la herencia que ha recibido del fiduciario, no puede hacer esta sustraccion, *l.* 22. §. *ult. l.* 55. §. 2. *D. ad SC. Trebell.*

---

667. *Interponia estipulacion*) Teófilo espone con suma claridad el modo como se interponian estas estipulaciones entre el heredero y el fideicomisario. Parap. *Inst. e. t.* §. 5.

669. *Reclamarla*) Con la condicion de lo indebido. V. *l.* 21. *y* 68. §. 1. *D. ad SC. Trebel.*

Y aun los frutos) Se imputarán en la cuarta cuando se hizo el fideicomiso para cierto dia, porque el beneficio de este término resulta al heredero de las disposiciones del testador, pero no se imputan en la cuarta los frutos percibidos por morosidad de aquel á quien debe hacerse la restitucion, ni los que produce la cuarta parte que se debe al fiduciario por el Scto. Deducida la legítima de los hijos, se suele detraer la cuarta, de la misma substancia de la herencia, y no de los réditos, *L.* 22. §. 2. 27. §. 16. *C. ad SC. Trebel.*

Falcidia) Esta diferencia no es conocida por Cujacio, *obs. lib.* 8. *cap.* 4.

* *No puede hacer esta sustraccion*) A no ser que el fiduciario no quisiere de-

670. Síguese de aqui: 2.º que por derecho nuevo se dividen siempre á prorata las obligaciones tanto activas como pasivas, entre el heredero fiduciario y el fideicomisario, §. 7. *Inst. e. t. l. 1. C. de SC. Trebell.*

671. Finalmente, se sigue: 3.º que por derecho nuevo el heredero fiduciario puede ser siempre compelido á adir y á restituir la herencia, §. 7. *Inst. e. t. l.* 4. D. *ad SC. Trebell.*

672. Habiéndose inventado la cuarta Trebeliánica á ejemplo de la Falcidia, §. 5. *Inst. e. t.*, cesa casi en los mismos casos en que esta, á saber: 1.º en el testamento militar, *l.* 7. *C. ad leg. Falcid.*; 2.º si el testador la prohibiere espresamente, *Nov.* 1. *cap.* 2. §. 2.; 3.º si el heredero restituyere toda la herencia por ignorancia de derecho, *l.* 9. *C. ad leg. Falcid.*; 4.º si no hiciere inventario; 5.º si le quedare salva la cuarta á juicio del testador, §. 9. *Inst. e. t.* A estos modos se debe añadir una causa propia de los fideicomisos, á saber: 6.º si fuere compelido á adir la herencia, §. 7. *Inst. e. t.*

TITULO XXIV.

De los fideicomisos singulares.

673. Hasta aqui de los fideicomisos universales. Los singulares son aquellos en que se deja cualesquiera cosas singulares por título singular y con palabras precativas, *pr. Inst. e. t.*

674. Aunque los legados y los fideicomisos se diferencian en la fórmula ó en las palabras, en los efectos estan enteramente equiparados, y

---

traer la cuarta en favor del primer fideicomisario, *L.* 1. §. 19. *D. SC. Trebel.* Hubero trae otra escepcion en las *Prælect. Inst. e. t.*, á saber; si el heredero fuese obligado á adir la herencia, pero no se funda bien en la *ley* 55. §. 2. *D. tit. cit.*; en donde dice lo contrario Papiniano, aunque el fideicomisario pueda usar del beneficio de la ley Falcidia contra los legatarios, supuesto que el mismo heredero fiduciario pudo usar de él si hubiere adido la herencia voluntariamente. *L.* 63. §. 11. *D. lug. cit.*

670. *Se dividen*) Cesa esta conclusion si el heredero hubiera sido instituido en una cosa cierta, mandándosele que restituyese lo demas, pues se tiene por legatario en aquella cosa, y el legatario no presta las deudas agenas. *

Al fin) Pero las cargas de los legados pertenecen á sólo el fideicomisario, á no ser que se rogase al heredero que restituyese menos de las tres terceras partes de la herencia; pues entonces paga las cargas de los legados en la parte escedente de la cuarta. *L.* 1. §. *pen. y ult. D. ad SC. Trebel.*

671. *Compelido)* Puede ser compelido en la ciudad por el pretor, en las provincias por el presidente, ó en virtud de mandato de este por los duumviros. A Costa *al* §. 6. *Inst. e. t.* Y si obstinadamente reusase hacerlo, puede adir la herencia el mismo fideicomisario. *Nov.* 1. *cap.* 1. 2. *

Al fin) Si el heredero vendió lo que se dejó en fideicomiso, compete al fideicomisario la accion vindicatoria, y no como antiguamente la introduccion en la posesion, *L. ult. C. de leg.* Antiguamente se decia no que se vindicaban los fideicomisos, sino que se reclamaban, Paul. *Sent. lib.* 4. *tit.* 1. §. 18.; pero esto se varió despues que se equipararon á los legados los fideicomisos. *Estor.*

674. *Se diferencian en la fórmula ó en las palabras)* Refiérense á los fideicomi-

por lo mismo se debe entender aqui todo lo que dijimos en el título de los legados.

675. Sin embargo, quedaron algunas diferencias, á saber: 1.° legada la libertad á un siervo, inmediatamente la adquiere, y asi, no debe al heredero ningun derecho de patronato; mas legada la libertad por medio de fideicomiso, el siervo la recibe del heredero, y por lo mismo debe á este los derechos de patronato, §. 2. *Inst. e. t.* (99. 112.); 2.° los legados no se pueden dejar sin la concurrencia de cinco testigos; mas los fideicomisos dejados aun sin testigos se deben si pueden probarse, ó si se defiere al juramento, declarando que el testador encargó el fideicomiso á alguno de los presentes, *l. ult. C. de fideicommis.*

»Nuestras leyes de Partida no contienen la doctrina de las roma»nas sobre que pueda dejarse fideicomisos á dia cierto y fuera de testa»mento y de codicilo. L. 14. *tit.* 5. *Part.* 6.»

TITULO XXV.

De los codicilos.

676. Las herencias solo pueden dejarse en testamento: mas los fideicomisos generales y particulares y los legados aun en codicilos. (677.) Los codicilos no fueron antiguamente otra cosa que cartas, *epistolæ*, Cic. *Lib. IV. ad divers. epist.* 12., y con esta palabra se indicaba principalmente las cartas escritas entre presentes. Lips. *Inst. epist. cap.* 2. 7., por eso dice elegantemente Séneca, *epist.* 55.: te tengo tan presente, Lucilio mio, y con tanta frecuencia me parece que te oigo, que creo hallarme contigo, y no sé si te escriba epístolas ó codicilos. (*)

(*) La palabra *epístola* se entendia de un escrito enviado á un ausente; en lugar que la *codicilli ó libelli* designaba escritos enviados á los presentes; la palabra *literæ* se aplicaba á todo género de escritos. (*Nota del Trad.*)

---

sos las palabras *volo*, *mando*, *impero*, porque por ellas se encarga al heredero que preste á otro alguna cosa como fideicomisario, §. 3. *Inst. e. t.*

675. *Debe los derechos de patronato)* Esto es, los correspondientes al obsequio debido al patrono, pero no los concernientes á la prestacion de obras, *L.* 5. *C. de oper. libert.*, á no ser que el heredero fuese hijo del testador, *L.* 33. *pr. D. de fideicom. libert.*

Testigos) Si los legados se dejan en testamento se exigen siete testigos, si en codicilos, solamente cinco, y asi no podrá el testador mandar al heredero presente, si se hayase solo, que preste el legado.

676. *Los codicilos)* Tomaron su nombre de la palabra *codice;* vocablo de donde derivaban tambien los testamentos los antiguos, como dice Juvenal, *sat. X.*

. . . . *Codice sævo*
Hæredes vetat esse suos.

678. Los moribundos escribian muchas veces á sus herederos estos codicilos en forma de cartas (*), *l.* 56. *D. de fideic. libert. l.* 37. §. 2. *D. de legat.* 3. *l.* 30. §. 1. *D. de adim. vel transfer. legat.*

(*) En derecho se llaman comunmente *cartas*, *l.* 89. *pr. D. de legat.* 2. *l.* 41. §. 2. *D. de legat.* 3.; y cartas fideimisarias en la *l.* 7. *C. qui testam. fac. poss.*

679. Estas cartas no eran antiguamente mas obligatorias que los fideicomisos. (662.) Mas por causa de L. Léntulo (*), en cuya persona empezaron tambien los fideicomisos, se dió á los codicilos fuerza legal. Augusto, siguiendo el dictamen de Trebacio Testa, estableció, que si alguno no podia testar, pudiera sin embargo codicilar; y como despues de esto Labeon hiciese codicilos, ya no quedó ninguna duda en que las leyes los sostenian, *pr. Inst. e. t.*

(*) Consta que este L. Cornelio Léntulo, á quien unos impropiamente llaman Cosso y otros Cneo, fue cónsul junto con M. Valerio Messalino á los 751 años F. R., y despues gobernador de Africa en calidad de procónsul.

680. Son pues los *codicilos* una voluntad menos solemne de los que mueren con testamento ó sin él, §. *ult. Inst. e. t.*

681. Dícese que son última voluntad, y por esto son ó escritos ó nuncupativos, *l.* 13. *C. de SS. eccles. l. ult.* §. *ult. C. e. t.*, ó hechos por uno que murió testado ó abintestato, §. 1. *Inst. e. t.* Estos últimos subsisten por sí solos, *l.* 3. *pr.* §. 2. *l.* 8. *pr.* §. 1. *D. e. t.;* mas aquellos se invalidan ó sostienen con el testamento, *l.* 3. §. *ult. l.* 16. *D. e. t.*

682. Como los codicilos son una voluntad menos solemne, se dispensan en ellos casi todas las solemnidades internas y esternas. De aqui es, que puede hacer codicilos el que puede testar, *l.* 6. §. 3. *l.* 8. §. 2. *D. e. t.*; pero ninguno puede instituir directamente heredero en ellos, ni desheredar ni sustituir, §. 2. *Inst. l.* 6. *pr. l.* 10. *D. l.* 2. *C. e. t.*, aunque sí dejar fideicomisos, legados, donaciones *mortis causa* &c.

683. Una misma persona puede tambien hacer muchos codicilos,

---

681. *O abintestato*) Los primeros se llaman codicilos confirmados por testamento, ya preceda, ya sea posterior el testamento á los codicilos. Nada importa que se haga ó no en el testamento mencion de ellos, §. 1. *Inst. e. t.*, sin que obste la *ley* 4. *D. e. t.*, pues en ella solamente quiere Papiniano que no repugne el testamento á los codicilos hechos anteriormente. *

Se invalidan) A no ser que se rescinda el testamento con la queja de inoficioso, pues entonces puede ser válido el codicilo, porque solamente se rescinde la institucion de heredero, quedando válidas las demas disposiciones. *

682. *Puede hacer)* Y no se entienda por esto que se contradice Justiniano cuando en el principio de las instituciones sienta que los codicilos se inventaron para los casos en que no podia hacerse testamento, pues alli se habla de los impedimentos provenientes de hecho, y no de los que provienen de derecho.

Instituir directamente) Pero nada impide que se declare en los codicilos el nombre del heredero, instituido segun derecho en el testamento. *L.* 77. *D. de hæred. inst.*

con tal que no se contrarien entre sí, §. 3. *Inst. l.* 6. §. 1. D. *l.* 3. *C. e. t.*, al contrario con respecto á los testamentos, ninguno puede morir con dos testamentos, á menos que sea militar.

684. Tampoco se exige ninguna solemnidad en cuanto al modo de hacerlos, §. 3. *Inst. e. t.*, pues basta la unidad del acto, *l. ult. C. e. t.*, y la presencia de cinco testigos, aunque carezcan absolutamente de testamentifaccion, como las mugeres, y aunque no sean rogados (*), *l.* 20. §. 6. D. *qui test. fac. poss. l. ult.* §. *ult. C. e. t.*

(*) En cuanto á las mugeres disienten Vinnio en el §. 6. *Inst. de testám. ord.*, y Henr. Bern. Reinold. *Var. cap.* 8. Pero como antiguamente no eran los testigos mas necesarios en los codicilos que en las cartas, segun se infiere de la *l.* 89. *pr. D. de legat.* 2. *y l.* 77. §. 23. *D. lug. cit.*, ni los cinco testigos que se exigieron despues fue por via de orden, sino de prueba, es claro que el testimonio de las mugeres es válido. Arg. *l.* 20. §. 6. *D. qui test. fac. poss. l.* 18. *D. test.*

685. Los codicilos suelen tambien agregarse al testamento solemne cuando se inserta en ellos la cláusula codicilar: si el testamento no valiere como testamento, quiero que valga como codicilo, *l.* 41. §. 3. D. *de vulg. et pup. subst. l.* 3. *al fin. D. de test. mil.*

686. En tal caso este testamento inválido en razon de las solemnidades esternas, se sostiene como fideicomiso, *l.* 29. §. 1. D. *qui testam. fac. poss.*, con tal que lo hayan firmado cinco testigos. Pero esta cláusula no suple el defecto de las solemnidades internas, v. gr. la pretericion de los hijos, ni la falta de estado legítimo ó libre voluntad en el testador, ni el defecto de adicion de la herencia, *l.* 3. D. *de vulg. et pupil. subst. l.* 25. *D. qui test. fac. poss.*

---

683. *Que no se contrarien*) ¿Y es permitido imponer condicion? Se niega en el §. 2. *Inst. e. t. L.* 6. *D. e. t.*

684. *Ninguna solemnidad*) Pero la presencia simultánea de los cinco testigos que se exigen segun la *ley ult. C. e. t.*, se requiere mas por causa de solemnidad que de prueba. Véase á Everard. Oton sobre las *Inst. e. t.*

De testamentifaccion) Si los codicilos se hicieran inmediatamente despues del testamento, se llaman cédulas testamentarias; esto es, apéndice del testamento, y entónces son válidos aunque no hayan intervenido los testigos. V. *Diss. de codicillis sine testibus validis.* Lo que con respecto á las mugeres se añade es muy cierto, y está probado con el voto de muchos jurisconsultos; sin embargo, como disienten algunos sobre este punto, es mas seguro presentar varones, acerca de cuya capacidad no hay duda alguna. V. Vin. al §. 1. *Inst. e. t. n.* 2.

Al fin) Finalmente, debe advertirse, que no puede ser testigo en el testamento el heredero, y sí los legatarios; y al contrario, en los codicilos no pueden serlo los legatarios, y sí el heredero. La razon es, porque en el testamento parece que se trata el asunto entre el testador y el heredero, y en los codicilos entre aquel y los legatarios; y nadie puede ser testigo en causa propia, §. 10. 11. *Inst. de test. ordin.*

685. *Cláusula codicilar*) Cuyo único efecto es que la institucion directa de heredero se convierta en fideicomisaria, como si hubiera dicho el testador: sean herederos mios mis próximos cognados, á quienes ruego que deducida la cuarta trebeliánica, restituyan la herencia restante al heredero instituido. Paulo propone la cláusula codicilar en la *l.* 29. §. 1. *D. qui test. fac. pos.*, con estas palabras: quiero que este mi testamento tenga validez de cualquiera manera que pueda valer.

686. *De los hijos*) Pues no puede comprenderse diversa institucion en fideico-

687. Sin embargo, suelen atribuírsele en el foro otros efectos á esta cláusula, de suerte que se dice que sostiene el testamento en que son preteridos el padre ó el hijo, Stryk. *Caut. testam. cap.* 23. §. 29. *y sig.*, y tambien el testamento que rompió el póstumo, con tal que el testador supiese su concepcion. Gail. *Obs. II. cap.* 134. *n.* 3., y el testamento destituido, de suerte que aun los herederos legítimos pueden pedir el fideicomiso. Y aun quieren los prácticos que en caso que no contuviese el testamento la cláusula codicilar, se entienda puesta. Sand. *Lib. IV. tit. I. def.* 12.

»Nuestras leyes exijen para el codicilo nuncupativo ó abierto la »misma solemnidad de testigos que para el testamento. En los cerra- »dos bastan cinco testigos que suscriban. Las mugeres no pueden ser »testigos en los codicilos.»

LIBRO TERCERO.

TÍTULO PRIMERO.

De las herencias abintestato.

688. Cuando no existe testamento ó este se invalida, tiene lugar la sucesion legítima abintestato de que vamos á tratar.

689. El modo de suceder por derecho antiguo que se halla espuesto en las instituciones de Justiniano, fue diferente del de la sucesion por derecho nuevo, segun la *Nov.* 118. Espondremos brevemente la historia del derecho antiguo, y despues trataremos estensamente del modo nuevo de suceder.

690. El fundamento de la sucesion antigua fue la conservacion de las familias. La familia se consideró como cierta corporacion, de la

miso, ya porque los hijos deben ser instituidos ó desheredados nominalmente (526.), ya porque el testador no puede gravar con la carga de un fideicomiso á sus herederos, pues que les debe la legítima segun la ley.

687. *Pueden pedir*) Lo cual es bastante absurdo, si se destituye el testamento, porque el heredero no pueda ó no quiera adir la herencia. Pues en ninguno de estos casos puede pedirse el fideicomiso. *

Se sobreentiende) Pero si el testador claramente indicó que queria valiese solamente como testamento, no se sobreentenderá la cláusula; mas si ni la añadió, ni la desechó se sobreentiende justamente, pues en caso de duda se juzga que cada uno quiere que valgan sus actos ó disposiciones de cualquier modo que sea posible, y no que enteramente se invaliden. *Knorio.* Sin embargo no tiene esto lugar contra los principios del derecho civil; y Papiniano enseña que no debe sobreentenderse la cláusula codicilar tácitamente, en la *l.* 41. §. 3. *D. de vulg. et pupill. substit.*

que era el padre de familia como el príncipe y los hijos y los agnados gozaban del derecho de un dominio comun. Por tanto, solamente sucedian aquellos que eran parte de la familia, mas no los emancipados ni cognados.

691. Siendo los *herederos suyos* los mas próximos en la familia, y considerándose en vida del padre como dueños y herederos *per se*, estableció la ley de las doce tablas: si muere intestado alguno que no tenga heredero suyo, el agnado próximo tenga la familia, *si intestato mòritur qui suus hæres nec scit, agnatus pròximus familiam habeto, l. 9. §. 2. D. de lib. et posthum.* Ulpian. *Fragm. tit.* 26. §. 1.

692. Eran pues herederos, primeramente los *hijos suyos* (*) asi naturales como adoptivos, §. 2. 7. *Inst. e. t.*, los mas próximos en grado sucedian en cabezas, y los mas remotos en estirpes, §. 6. *Inst. e. t.;* mas no los emancipados ó emancipadas, §. 9. *Inst. e. t.*, á quienes el pretor llamaba por equidad á la posesion de los bienes con el edicto *unde liberi*, §. 9. *Inst. e. t. l.* 1. §. 7. 9. *l.* 2. 4. *D. unde liberi.*

(*) Y tambien las mugeres que pasaban á la potestad del marido, pues tenian el lugar de hijas de familia, y participaban de los bienes y dioses del marido (146. *), Dionis. Halic. *lib.* 2.

TITULO II.

De la legítima sucesion de los agnados.

693. No existiendo hijos del difunto, la ley de las doce tablas llamaba á la sucesion á los mas próximos agnados; pues que estos eran de la misma familia y nombre. (§. 220.)

694. De lo que se seguia: 1.º que solamente sucediesen las personas que tenian parentesco con el difunto por parte de varon, mas no los cognados; y entre aquellos, los varones *in infinitum* y las hembras sin pasar de las hermanas, §. 3. *Inst. e. t.*; bien que el pretor llamaba á las mas remotas con el edicto *unde cognati*, §. 3. *Inst. e. t.;* 2.º que

---

692. *Los hijos suyos*) Y tambien los descendientes de la hija, segun las constituciones de los príncipes, por las cuales se les admitió en primer orden con los herederos suyos á recoger en la sucesion del abuelo materno las dos terceras partes de lo que hubiera recibido la madre personalmente. V. §. 15. *Inst. e. t.*

O emancipadas) Y asi era consiguiente que en la sucesion del abuelo escluyere el nieto suyo al padre emancipado.

Unde liberi) A no ser que hubieran sido adoptados por otro. §. 10. *Inst. e. t.*

694. *De las hermanas*) Esta disposicion no se deriva de las leyes de las doce tablas, sino de la jurisprudencia posterior introducida por la interpretacion de los prudentes (de que se trató en el §. 6. *), y de la ley Voconia; la cual, como escluyese á las mugeres de la herencia testamentaria, parecia que debian ser escluidas con mucha mas razon de la herencia *ab intestato*. Esta disposicion, como pareciese inhumana con respecto á las hermanas consanguíneas, no obtuvo la interpretacion de los prudentes. Paul. *Sent. lib.* 4. *tit.* 8. §. 22. Ciril. *al* §. 2. *Inst. e. t.*

Unde cognati) Asi pues, eran admitidas las mugeres por derecho pretorio, si

los agnados naturales tuviesen el mismo derecho que los adoptivos, §. 2. *Inst. e. t.;* 3.° que el mas próximo escluyese siempre al mas remoto, por lo que no tenia lugar el derecho de representacion, ni repudiando la herencia el mas próximo se admitia el mas remoto, §. 5. §. 7. *Inst. e. t.*; pero el pretor llamó despues á estos por el edicto *unde cognati*, y Justiniano los admitió de pleno derecho, §. 7. *Inst. e. t.*

695. El padre no sucedia á su hijo, porque el hijo de familia no tenia nada propio por derecho antiguo. Asi es, que no sucedia al emancipado como agnado, sino por derecho de patronato, como manumisor del hijo (§. 190. §. 234.), §. *ult. Inst. e. t.* La madre, como no se contaba entre los agnados, no sucedia á los hijos, ni tampoco estos á la madre, *pr. Inst. de SC. Tertull.;* mas el pretor llamó despues á unos y otros primeramente por el edicto *unde cognati*, y despues por los senadoconsultos Tertuliano y Orphiciano.

TITULO III.

Del senadoconsulto Tertuliano.

696. Mandóse por el senadoconsulto *Tertuliano* en tiempo del emperador Adriano, que la madre (y no la abuela) ingénua que goza del derecho de tres hijos, y la libertina que de cuatro, fuese admitida abintestato á la sucesion de los bienes de los hijos ó hijas, ya legítimos, ya de padres inciertos (*vulgo quæsiti*), con tal que si la madre estuviese en poder de alguno adiera por su mandato, §. 2. *y* 7. *Inst. e. t.* *l.* 2. *pr.* §. 1. *sig. D. e. t.* Ulpian. *Fragm. tit.* 26. Paul. Sent. *recept. lib.* 4. *tit.* 9.

697. Por tanto: 1.° no sucedian todas las madres, sino las que tenian derecho de hijos; 2.° no sucedian á todos los hijos sino á los intestados que no dejaban hijos, pues estos se preferian á la madre, §. 3. *Inst. e. t.;* 3.° ni tampoco siempre, sino á falta de otros mas cercanos. Eran preferidos á la madre los nietos del hijo ó de la hija difuntos, el padre, los hermanos de padre y madre y consanguíneos, mas no las simplemente hermanas, las cuales se admitian junto con la madre y con los hermanos consanguíneos, §. 3. *Inst. e. t.* Justiniano alteró es-

---

no intervenia ningun agnado, ni ningun cognado mas próximo. Justiniano les dió mayores derechos aun antes de la novela 118, como consta en los §. 3. y 4. *Inst. e. t.*

Se admitia) Renunciada la herencia por el mas próximo pertenecia por derecho civil al fisco, como los demas bienes vacantes, ó si habia muchos agnados de un mismo grado, acrecia á los que la habian adido. Ulp. *Frag. tit.* 26. §. 5.

Los admitió de pleno derecho) Esto es, por derecho de agnacion, como si no existieren agnados mas próximos que la repudiasen; admitiéndoles á la sucesion del agnado, del mismo modo que el pretor los admitia á la sucesion del cognado.

En la mitad) Y si concurrian con la madre juntamente hermanos y hermanas, se dividia la herencia por cabezas, §. 5. *Inst. e. t.*

to, pues aunque la madre tuviese pocos ó ningunos hijos era admitida junto con los hermanos y hermanas del difunto; con aquellos en la parte viril, con estas en la mitad, §. 4. 5. *Inst. e. t.*

TITULO IV.

Del senadoconsulto Orphiciano.

698. Sucediendo la madre á los hijos, pareció justo que estos sucediesen á aquella, porque los derechos de la sucesion regularmente son recíprocos, *l.* 11. *C. de legit. hæredit.*

699. Y asi se mandó por el senadoconsulto *Orphiciano* en el año 931. F. R., siendo cónsules Vetio y Juliano Rufo y Cornelio Scipion Orphito, pues el senado juzgó que la herencia legítima de la madre ingenua ó libertina se diese abintestato, asi á los hijos legítimos como á los de padres no conocidos, aunque sujetos á la potestad de otro, *pr. y* §. 4. *Inst. e. t. l.* 1. *pr.* §. 1. *sig. l.* 6. §. 1. D. *ad SC. Tertull.*; cuyo derecho no se estinguia ni aun por la capitis diminucion. §. 2. *Inst. e. t.*

700. Esto se estendió despues por las constituciones de los príncipes á los nietos y nietas, §. 1. *Inst. e. t.*

TITULO V.

De la sucesion de los cognados.

701. A falta de agnados eran llamados por la ley de las doce tablas los gentiles, mas no los cognados. Mandóse, que si no habia agnados los gentiles tuviesen la familia. Ulpian. *Fragm. tit.* 26. §. 1. Cic. *Orad. lib.* 1. *cap.* 38. En la nota del §. 220. dijimos quienes se entendian gentiles.

702. Pero el pretor á falta de agnados llamó á la sucesion por el edicto *unde cognati* aun á los cognados del séptimo grado; esto es, á los que tienen el parentesco por parte de madre, entre los cuales se numeran los agnados que han padecido capitis diminucion mínima, y los hijos de padres no conocidos, *pr. y* §. 1. *Inst. e. t.*

TITULO VI.

De los grados de los cognados.

703. Dándose esta posesion de bienes hasta un grado determinado,

---

699. *De padres no conocidos*) Justiniano los escluye de la sucesion de la madre ilustre, si concurren con los legitimos. *L. pen. C. e. t.*

De los príncipes) Pero de suerte, que reciban una tercera parte menos que hubieran tenido sus padres. *L. 4. C. Theod. de legit. hæred. L. 9. C. de suis et legit. liber. et ex fil. nep.*

Justiniano trata aqui de la computacion de los de la cognacion; pero ya hemos esplicado esto en el título de las nupcias. (*) *Véase el* §. 147. *y sig.*

(*) Pero adviértase que en las sucesiones no tiene lugar el *respectus parentelæ* de la computacion canónica que se verifica entre la linea igual y desigual.

TITULO VII.

De la cognacion servil.

704. Aunque la cognacion servil fuese impedimento para las nupcias, sin embargo, no tenia lugar en las sucesiones, á pesar de que el cognado ó cognada de condicion servil fuesen manumitidos, *pr. Inst. e. t. l. ult.* §. 5. *D. de grad. et adfin.* De aqui fue, v. gr., que la esclava manumitida con hijos ni sucedia á estos por el senadoconsulto Tertuliano, ni era llamada á la posesion de los bienes por el edicto *unde cognati.*

705. Mas Justiniano estableció por una constitucion que ya no existe (*), que los padres sucediesen á los hijos y los hijos á los padres despues de la manumision, y que fuesen preferidos á los patronos, á semejanza de la sucesion admitida entre padres é hijos legítimos, *pr. Inst. e. t.*

(*) Sin embargo, Cujacio, *Obs. lib.* 20. *cap.* 34., restituyó parte de esta constitucion de los antiguos pergaminos y parte de las Basílicas.

TITULO VIII.

De la sucesion de los libertos.

706. Haciendo el patrono respecto del liberto las veces de padre ó de agnado, era consiguiente que aquel sucediese á este. (111. 112. 4.)

707. Acerca de lo cual mandaron las leyes de las doce tablas: que si moria intestado el liberto que no tenia heredero suyo, pero existia patrono ó hijos de este, los bienes de aquella familia se diesen al mas próximo de esta, Ulp. *Fragm. tit.* 27. §. 1. *y tit.* 29. §. 1.

708. Sucedian pues el patrono, y muerto este antes que el liberto, sus hijos próximos que sobreviviesen, cesando aqui el derecho de representacion, Ulpian. *lug. cit.* Paul. *Sent. rec. lib.* 3. *tit.* 2. §. 1. *l.* 23. §. 1. *D. de bon. libert.*; y como esta sucesion era abintestato, el patrono era legítimamente escluido por el testamento del liberto; y aun en el caso que este no dejase herederos suyos, §. 2. *Inst. e. t.* Ulp. *tit. ult.* §. 1.

709. Escluido el patrono en el testamento, el pretor le daba la posesion de los bienes contra las disposiciones testamentarias hasta la mitad de la herencia, con tal que el liberto no dejase hijos naturales,

§. 1. *Inst. e. t.* Ulpian. *lug. cit.* §. 1. 3. Si existian adoptivos, y el liberto moria intestado, tambien le daba la posesion de la misma mitad de los bienes, §. 1. *Inst. e. t.*

710. Despues se mandó por la ley Papia Poppea, que si el liberto testado ó intestado dejase cien mil sestercios y menos de tres hijos, se debiera al patrono la parte viril en calidad de legítima, §. 2. *Inst. e. t.*

711. Finalmente, Justiniano estableció, que si el liberto no era centenario (*), pudiese escluir al patrono en el testamento; pero que si moria intestado y sin hijos, el patrono fuese heredero legítimo. Que si era centenario, sus hijos fuesen preferidos á los patronos; y no existiendo aquellos, estos heredasen abintestato; mas escluidos en el testamento, consiguiesen la tercera parte de la posesion de los bienes, ó si se les hubiese dejado menos en el testamento, se les llenase el déficit por la constitucion de Justiniano, §. 3. *Inst. e. t.*

(*) Justiniano considera centenario al que tenia un patrimonio de cien áureos. Un áureo equivalia á cien sestercios. Y asi como reputaban por rico en tiempo de Augusto el liberto que dejaba cien mil sestercios, esto es, mil áureos, en tiempo de Justiniano tambien se tenia como tal aquel cuyo patrimonio llegaba á cien áureos, §. 3. *Inst. e. t.* Porque Justiniano interpretó lo dispuesto por Augusto, diciendo que por cada mil sestercios se contase un áureo.

TITULO IX.

De la asignacion de los libertos.

712. Aunque los hijos de los patronos próximos en grado sucediesen abintestato á los libertos, lo mismo que los patronos (707.), con todo, estos podian, segun el senadoconsulto publicado á los 798. años F. R. en tiempo de los cónsules Veleyo Rufo y Ostorio Scapula, *pr.* §. 3. *Inst. e. t.*, asignar en testamento ó sin él por único patrono del liberto á uno de sus hijos (*) ó de los nietos de cualquier sexo, §. 1. *Inst. e. t.*

(*) ¿Tambien á los emancipados? Asi lo juzgó Modestino, *l.* 9. *D. e. t.*; mas Justiniano dice que la asignacion se acaba si se emancipa al hijo á quien se ha asignado el liberto, §. 2. *Inst. e. t.* Ambos pasages pueden conciliarse. El padre puede asignar al emancipado; pero si asignare al hijo suyo, y despues le emancipare, parece que muda de voluntad, Meril. *Obs. lib.* 7. *cap.* 13.

713. Teniéndose por único patrono aquel que habia sido asignado al liberto, se siguió: 1.° que él solamente sucediese en los bienes del liberto con esclusion de los hermanos, y muerto él sus hijos; 2.° que los demas hermanos no tuviesen ningun derecho en los bienes del liberto, á no ser que muriese sin hijos aquel á quien se habia hecho la asignacion, *pr. Inst. e. t.*

TITULO X.

De la posesion de bienes.

714. Todas las acciones universales de que se ha tratado hasta aqui nacen de las leyes civiles. Síguese la sucesion pretoria, la cual es el segundo modo universal de adquirir. Como el pretor alterase muchas cosas á pretesto de equidad, inventó sagazmente una nueva palabra (65.), y para que no pareciese que trastornaba las leyes de la sucesion, dijo que no daria la herencia, sino la posesion de los bienes.

715. Por tanto, la *posesion de los bienes* no es otra cosa que el derecho concedido por beneficio del pretor para perseguir y retener la herencia que no se debe por derecho civil. *Arg. l.* 3. §. 2. D. *e. t.* Los Griegos llaman á la posesion de los bienes sucesion pretoria.

716. La posesion de los bienes es ó *edictal*, y se concede sin conocimiento de causa á ciertas personas nombradas en el edicto, *l.* 3o. §. 1. *D. de adquir. hær.*, ó decretal, la que se da estraordinariamente por decreto del pretor, conociendo de la causa *pro tribunali* (*), *l.* 2. §. 1. *D. quis ord. in bonor. possess.*

(*) Por el edicto Carboniano se da la posesion de los bienes al impuber á quien se disputa si pertenece al número de los hijos, con tal que preste caucion, y el juicio se difiera hasta la pubertad, *l.* 1. *pr. l.* 3. *D. de Carb. edict.*

717. La *edictal* se da ó por edicto del pretor, ó por la ley, senadoconsulto ó constitucion del Príncipe. La primera se llama ordinaria; la segunda estraordinaria, §. 3. 4. *Inst. e. t.*

718. La *ordinaria*, á ejemplo de la sucesion civil, ó se da por testamento ó abintestato, *l.* 6. §. 1. *D. e. t.;* y en el primer caso, ó segun ó contra el testamento.

719. Da el pretor la posesion de los bienes *segun el testamento*, si existe el último testamento signado á lo menos por siete testigos, *l.* 7. *l.* 9. *D. de bon. poss. sec. tab.*, y la da á los herederos escritos en el testamento, *l.* 2. *pr.* §. 4. D. *lug. cit.* §. 1. *Inst. e. t.;* mas no á los nuncupativos, acerca de los cuales se estableció despues otra cosa, *l.* 8. §. *ult. D. l.* 2. *C. de bon. poss. sec. tab.*

720. Dábase la posesion *contra las tablas* principalmente á los hijos naturales y adoptivos emancipados, no instituidos ni exheredados por el padre, sino preteridos, §. 3. *Inst. de exhær. lib.* 2. §. 6. *l.* 3. §. 10. D. *de bon. poss. contr. tab.*

721. Con respecto á la posesion de los bienes *abintestato* habia cua-

---

715. *Que no se debe*) Por lo cual, el que la consigue ú obtiene, no se dice heredero, sino poseedor de los bienes, pues solamente adquiere el dominio bonitario, mas no el quiritario. *L.* 1. *pr. D. bonor. poses. contr. tabul.*

tro órdenes (*grados*) principales (*) de posesion. El primero nacia del edicto *undè liberi;* el segundo del edicto *unde legitimi;* el tercero del edicto *unde cognati*; el cuarto del edicto *unde vir et uxor*, §. 3. *Inst. e. t.*

(*) Antiguamente hubo mas, á saber, el edicto *unde decem personæ*; el edicto *tum qui ex familia;* el *unde patroni patronæquæ*, *liberi et parentes eorum*; el *unde cognati manumissoris.* Pero Justiniano abolió estas posesiones de bienes, §. 4. *Inst, e. t.*

722. Por el edicto *unde liberi* el pretor llamaba juntamente con los herederos suyos á los emancipados, á quienes las leyes civiles no concedieron derecho de suceder, §. 9. *Inst. de hæred. abintest. l.* 1. §. 7. 9. *l.* 2. *l.* 4. D. *unde liberi.*

723. Por el edicto *unde legitimi* eran llamados todos los agnados que pudiendo ser herederos segun las leyes, pedian esta posesion de bienes, §. 1. 2. *Inst. e. t. l.* 1. §. 4. D. *unde legitimi.*

724. Admítense por el edicto *unde cognati* los parientes por parte de madre mas próximos en grado, que no podian suceder por derecho civil, *l.* 1. *pr.* §. 3. *l.* 2. D. *unde cognati.* En este caso, se admitia el edicto sucesorio, por el cual no pidiendo uno de los hijos dentro del tiempo legítimo su porcion, acrecia á los demas; no pidiéndola los hijos y padres, entraban los próximos agnados con el mismo derecho de acrecer; no pidiendo estos, los agnados mas remotos; no pidiendo estos, los cognados, y asi sucesivamente, *l.* 1. §. 11. D. *de success. edict.*

725. A falta de cognados, el pretor llamaba al marido y á la muger con el edicto *unde vir et uxor*, con tal que al tiempo de la muerte viviesen en legítimo matrimonio, §. 3. *Inst. e. t. l. un. pr. y* §. 1. *D. l. un. C. unde vir et uxor.*

726. El tiempo dentro del cual pueden pedir los hijos y los padres

---

* *Unde cognati manumisoris*) Lo establecido en estos edictos por el pretor puede verse en Heinec. *Ant. rom. e. t.* §. 7.

722. *Con los suyos*) Aunque los hijos constituidos en la potestad eran herederos segun derecho civil, el pretor los comprendió tambien en su edicto para que no se creyese que los omitia en el orden de sucesion que establecia.

723. *Unde legitimi*) Este edicto, en cierto modo inútil á los legítimos, se funda en lo mismo que arriba se ha espuesto acerca de los hijos constituidos en potestad; ademas siendo necesarias muchas solemnidades para adir la herencia, les era mas cómodo pedir por el pretor la posesion de los bienes.

724. *Al fin*) Esta sucesion es de dos modos: de *orden* y de *grado.* Sucesion de orden se dice la que se verifica, cuando no pidiéndose la posesion de los bienes por las personas de un orden, se admite á las del siguiente; v. gr. si no pidiéndola los hijos se admiten los agnados. Sucesion de grado es la que se verifica cuando no pidiéndose la posesion de los bienes por los mas próximos, en el tiempo marcado se da á los siguientes en el mismo orden; sucesion que no tuvo lugar en los agnados, segun el edicto sucesorio. Vin. *al* §. 4. *Inst. e. t.*

726. *Y los padres*) Los padres no tenian propiamente orden ninguno en el edicto del pretor; y asi, ó se admitian por el capítulo *unde legitimi*, como el padre manumisor, á quien se daba la posesion de los bienes *contra tabulas. L.* 1. §. *pen. D. de sucess. edict.*, y como la madre, segun el Sto. Tertuliano, *L.* 2. §. *ult. D. unde legit.*, ó se admitian por el capítulo *unde cognati.*

la posesion de los bienes es un año util (*); á los demas solamente se concede cien dias útiles, §. 4. 6. *Inst. e. t. l.* 1. §. 12. D. *de suc. edict.*

(*) El derecho hace diferencia entre los años ó meses continuos y útiles. El tiempo continuo corre sin interrupcion, ya sean dias de fiesta ó de trabajo, *l.* 7. *D. quemadm. serv. amitt.*; mas en el tiempo util solamente se numeran los dias en que estan abiertos los tribunales, y en los que el interesado puede reclamar, *l.* 2. *D. de divers. et temp. præsc.* De aqui es, que del año util no solamente se rebajan los dias de fiesta, sino tambien aquellos en que uno no puede proceder por ignorancia del negocio, *l.* 2. *pr. D. quis ordo in posses.*

TITULO XI.

De la adquisicion por arrogacion.

727. Hase tratado de dos modos universales de adquirir, esto es, de la herencia y de la posesion de los bienes; síguese el tercero que es la adquisicion por arrogacion.

728. El padre de familia pasaba por la arrogacion á la patria potestad de otro (179.); y como el padre por antiguo derecho adquiria indistintamente por medio del hijo (472.), se siguió: 1.° que el arrogador adquiriese de pleno derecho todas las cosas corporales é incorporales y los créditos del hijo, §. 1. *Inst. e. t.*

729. Siendo la arrogacion una capitis diminucion (228. 1.), fue consiguiente; 2.° que no adquiriese el arrogador aquellos derechos que se estinguian por la capitis diminucion, como las obligaciones de las obras oficiales debidas al patrono, el derecho de agnacion, y antiguamente el uso y el usufructo, lo cual sin embargo fue mandado por Justiniano, §. 1. *Inst. e. t. l. penult.* §. *penult. C. de usufr.*

730. Como las obligaciones no pasan de la persona (332.), resultaba; 3.° que el arrogador no podia ser demandado *ipso jure* por la deuda del hijo, §. *ult. Inst. e. t.*

731. Pero habiéndose alterado por el derecho nuevo el derecho de adquirir por medio de los hijos, Justiniano estableció con bastante fundamento: 1.° que el arrogador solamente tuviese, vivo el hijo arrogado, el usufructo de los bienes adventicios; 2.° que pudiese ser demandado por los acreedores del hijo en nombre de este. Si rehusase defenderle, los acreedores podian tomar posesion de los bienes en que el padre tiene el usufructo, §. *ult. Inst. e. t.*

TITULO XII.

De las personas á quienes se entregan los bienes por causa de libertad.

732. El cuarto modo universal de adquirir es la entrega de los bienes con el fin de conservar las libertades dadas, y fue establecido por rescripto del emperador Marco, *pr.* §. 1. *Inst. e. t.*

733. Cuando un testador agoviado de deudas, manumitia á algu-

nos siervos en su testamento, y ninguno queria ser heredero testamentario, tenian que invalidarse las libertades, y los bienes eran vendidos por los acreedores, lo que no podia consentirse segun los principios de rigoroso derecho, *l. 2. C. de testam. manumiss. l. 1. C. de fideic. libert.*

734. Por lo cual el emperador Marco permitió, que á fin de sostener las libertades se entregasen todos los bienes ó bien á los siervos manumitidos, ó á uno de ellos, ó á un estraño, con tal que este prestase fianza de pagar á los acreedores todo lo que se les debiese. Hecho esto, los siervos eran manumitidos en virtud del testamento, §. 1. *Inst. e. t. l. ult. C. de testamentar. manumiss.*

TITULO XIII.

De la supresion de las sucesiones que se adquirian por la venta de bienes y por el senadoconsulto Claudiano.

735. El quinto modo universal de adquirir era la venta de bienes (*sectio bonorum*): el verbo *secare* significaba entre los antigüos, dividir, repartir; el vocablo *sectio*, vender los bienes en venta pública, y la misma venta. Bynkersh. *Obs. lib. 1. cap. 1.*

736. Cuando algun deudor no tenia con que pagar, los acreedores tomaban posesion de sus bienes, y el pretor encargaba á una persona que los vendiese y entregase todos al comprador, el cual debia, como sucesor universal, ó pagar á los acreedores todos sus créditos, ó transigir con ellos, Teof. *pr. Inst. e. t.*: *nuestr. Antigüed. Rom. lib. 2. tit.* 18. 19. §. 11. Pero hoy cesando la sucesion universal por medio de la venta, los acreedores toman posesion de los bienes segun el edicto, y pueden venderlos del modo que tengan por conveniente, *pr. Inst. e. t.*

737. El último modo universal de adquirir era por el senadoconsulto Claudiano, cuya historia se encuentra en Tácito, *Anal. lib.* 12. *cap.* 53. Este senadoconsulto mandó, que la muger libre que se entregaba desarregladamente (*servili bachata amore*) al amor de un esclavo, y que amonestada tres veces aun persistia en el contubernio, se hiciese por adjudicacion del pretor esclava del amo del siervo, Paul. *Sent. recept. lib.* 2. *tit.* 21.

738. Como los siervos y las esclavas no tenian nada propio, sino que todo lo que adquirian era para los amos, es claro que todos los bienes de dicha muger pasaban al dominio del amo, §. 1. *Inst. e. t.*

739. Mas Justiniano quitó este modo de adquirir como indigno de sus tiempos, *l. un. C. de SC. Claud. toll.* §. 1. *Inst. e. t.*

---

739. *Quitó*) Sobre lo cual, moteja Cujacio á Justiniano, por no haber advertido, que suprimido el Sto., dejó libre camino á las mugeres para entablar uniones desiguales é indecorosas. *Obs. lib.* 21. *cap.* 16.

740. Tal era la sucesion antigua asi civil como pretoria; pero no siendo ya hoy casi de uso alguno semejantes modos universales de adquirir, pasamos á tratar de la sucesion moderna abintestato, inventada y establecida por Justiniano en la *Nov.* 118.

De la sucesion abintestato segun la Nov. 118.

741. Justiniano estableció nuevas bases en la sucesion abintestato, mandando que sucediesen aquellos á quienes se presume que amó mas el difunto, segun dice Grocio que se practicó en otros pueblos, Groc. *derech. guer. y paz*, *lib.* 2. *cap.* 7. §. 3.

742. Habiendo observado los filósofos que los ascendientes aman á los descendientes mas que estos á aquellos, porque lo que ha nacido de alguno se considera como propio suyo, y cuando uno engendra á otro le considera como parte suya, pareció necesario que la sucesion descendiese; si no podia descender, que ascendiese; y si ni esto tampoco, que se estendiese hácia los lados, *Nov.* 118. *præf.* A falta de laterales, entran los cónyuges, y en último caso se admite al fisco, el cual se consideró desde la antigüedad que como padre de todos los pueblos debia adquirir los bienes que quedaban vacantes, Tâcit. *Anal. lib.* 3. *C.* 28.

743. Segun esto ya no existe diferencia entre los herederos suyos y emancipados, agnados y cognados, *Nov.* 118. *cap.* 1. *y* 4.

I. De la sucesion de los descendientes.

744. En primer lugar (*) suceden con esclusion de todos, los descendientes, á saber; los nacidos de legítimo matrimonio, los legitimados, los adoptivos y los ilegítimos.

(*) Junto con ellos se admite tambien al consorte pobre, §. 764.

745. Todos los hijos legítimos ya sean varones ó hembras, suyos ó emancipados (*), son llamados por la ley á la sucesion de cualquiera ascendiente (**) hasta el grado mas remoto, con tal que no haya quien les anteceda, *Nov.* 118. *cap.* 1.

(*) Esto deroga la ley de las doce tablas, de la que se ha hablado en el §. 691.; y por consiguiente los emancipados ya no necesitan ni de la posesion de bienes contra las tablas, ni del edicto *unde liberi.* (721. y 722.)

(**) Segun esto, ni la madre ni la abuela materna necesitan de la sucesion del SC. Orphiciano. (699.)

---

745. * *Unde liberi*) Pero por derecho nuevo los emancipados, asi como por derecho antiguo, no son herederos *ipso jure*, sino que necesitan de adicion para adquirir la herencia y para transmitirla á cualquier otro, aunque esto no parece deber estenderse á la sucesion testamentaria, y asi se dice que se ha quitado la sucesion de los bienes *contra tabulas*.

746. Aunque sucedan los descendientes de cualquier grado, hay sin embargo diferencia con respecto á las partes en que cada grado sucede. Los hijos de primer grado suceden en cabezas; los de ulterior grado en estirpes, por derecho de representacion (*), aunque sean los únicos descendientes que existan y no concurran hijos de primer grado, *Nov.* 118. *cap.* 1. *vers. sic. tamen.*

(*) Nótense estas palabras de que usa el derecho. Se sucede en cabezas, cuando la herencia se divide en tantas partes cuantas son las personas que han de heredar. En estirpes, cuando los mas remotos en grado entran á ocupar el lugar del difunto mas próximo, tomando todos juntos solamente la porcion de este. El derecho de representacion es una ficcion de derecho por la cual se considera que los mas remotos vienen á ocupar el lugar del padre difunto. Asi por ejemplo, si Ticio deja tres hijos y seis nietos de otro hijo ya difunto, todos suceden; pero los tres hijos suceden en cabezas, esto es, tomando cada uno una cuarta parte, y los seis nietos del hijo difunto representan á este, y por lo mismo como todos juntos tomen otra cuarta parte suceden en estirpes. Si solamente quedasen nietos, á saber, uno del primer hijo, seis del segundo, cuatro del tercero, y dos del cuarto, todos sucederán, no segun el número de personas, sino en estirpes, dividiendo la herencia en términos que el nieto del primer hijo tome para si solo una cuarta parte, los seis nietos del segundo hijo tomen otra parte para los seis, otra los cuatro nietos del tercero, y otra los dos del cuarto.

747. Si hay hijos de distintos matrimonios suceden separadamente al padre propio los hijos respectivos; y todos igualmente al padre comun; escepto en los bienes que llegaron en el primer matrimonio, por derecho de usufructo al padre comun, en los cuales se prefieren los hijos del primer matrimonio (*), *l.* 3. §. 1. *C. de sec. nupt. Nov.* 22. *cap.* 46.

(*) Porque el padre comun solo tenia en estos bienes el usufructo, y este se acaba por la muerte del usufructuario. Por lo que, adquieren esta porcion mas bien como dueños que como herederos.

748. Los legitimados por *subsecuente matrimonio* suceden con el mismo derecho que los legítimos, §. 2. *Inst. de hær. abintest.* Los legitimados por rescripto del Príncipe, y que lo han sido con el objeto de heredar, solamente se admiten cuando no hay otros hijos, pues de otra suerte casi nunca se legitiman, *Nov.* 74. *cap.* 1. *Nov.* 89. *cap.* 9.; pero si la legitimacion se hiciere despues que ya el padre tiene hijos legítimos, entonces es justo que á estos se conserve salva su legítima, Gall. *Obs. lib.* 2. *cap.* 142.

---

746. *Por derecho de representacion*) Pregúntase si en la sucesion de la abuela paterna ó materna á que concurren los hijos concurrirán los nietos, si fueron desheredados por justa causa por sus padres, que murieron antes de la delacion de la herencia. A lo que debe responderse, que no serán admitidos, porque no representan las veces del padre ó madre difuntos, de quienes fueron separados por justa causa: lo que es muy digno de notarse. *L.* 9. *C. de suis et legit. lib. et ex fil. nep.* Cuj. *Obs. lib.* 18. *cap.* 17.

No concurran) Esto es algo estraño. Pues habiendo seguido Justiniano en la nov. 118. mas la razon natural que la civil, debiera haber admitido en cabezas á la sucesion á estos nietos, como concurrentes por derecho propio y por su misma persona.

748. *Es justo*) V. la nota al §. 172. *al fin.*

749. Los *adoptivos* de cualquier género suceden al padre abintestato con el mismo derecho que los naturales, §. 14. *Inst. de succ. abintest.* §. 2. *Inst. de adopt. Nov.* 74. *y* 89.

750. Los *ilegítimos* suceden indistintamente á la madre junto con los legítimos, *l.* 2. D. *Und. cognat.*, á no ser que la madre sea ilustre y el hijo espúrio, pues entonces este es escluido por el legítimo, *l.* 5. *C. ad SC. Orphit.* Cuando no hay muger ni hijos legítimos, los naturales entran en la herencia paterna; pero solo en la sesta parte, la cual han de dividir con la madre, *Nov.* 89. *cap.* 12. §. 4. Los adulterinos é incestuosos se consideran indignos para heredar en nada, ni aun en los alimentos, *Nov.* 89. *cap. ult. Auth. ex complexu*, *C. de incest. nupt.*, lo que parece que se entiende de los alimentos que se sacan de los bienes del difunto, mas no de los que manda dar el juez en vida del padre, Huber. *prælec. á la Inst. succes. abintest.* §. 8.

»Nuestras leyes admiten á la muger pobre á la sucesion de su marido, tenga ó no hijos, adjudicándole la cuarta parte de los bienes de aquel, la cual no podrá esceder de cien libras de oro. *L.* 7. *tit.* 13. *Part.* 6. Los legitimados por subsiguiente matrimonio suceden juntamente con los legítimos en la sucesion regular, pero los legitimados por rescripto, aunque lo fueren para suceder no heredarán en concurrencia de otros legítimos, á sus padres, madres ni ascendientes. La *l.* 7. *tít.* 20. *lib.* 10. *Nov.* deroga la disposicion de las Partidas que admitian á los hijos naturales juntamente con los legítimos á la sucesion de la madre, pues solo la heredarán faltando estos: al padre le heredan en la sesta parte de la herencia que deben partir con su madre; los abrogados suceden en la cuarta parte al abrogante, y los adoptivos en toda la herencia, si no tuviese hijos ni ascendientes legítimos ó naturales. V. las *ll.* 8. *y* 9. *tit.* 16. *Part.* 4.»

II. De la sucesion de los ascendientes.

751. A falta de todos los descendientes pasa á los ascendientes la herencia de los hijos abintestato. (742.)

---

749. *Suceden*) Pero solo suceden al padre, mas no á su muger, porque la adopcion solo da los derechos de agnacion, y no los de cognacion, *Nov.* 118. *cap.* 1. §. 2., donde se advierte que en la adopcion menos plena sucede el hijo abintestato al padre natural, y al adoptivo. ✠

750. *Entran en la herencia*) Si hubiese muger é hijos, se les dan alimentos á arbitrio de buen varon, *d. Nov.* 89. *cap.* 12. §. *ult.*

Ni aun en los alimentos) Lo cual no debe entenderse de los alimentos naturales, què consisten en lo indispensable para la subsistencia del que los recibe, pues seria muy duro condenar á sed y hambre á hijos inocentes, sino que se entenderá solamente de los civiles, que se estienden á lo que exige la condicion y circunstancias del que los ha de dar y del que los ha de recibir. ✠

751. *La herencia*) Sucediendo los padres á sus hijos, trastornándose el orden natural, puesto que lo mas comun es que mueran los padres antes que los hijos, y como en tal caso adan la herencia con sumo duelo y quebranto, las leyes romanas dan á esta herencia ó sucesion el nombre de *luctuosa.* ✠

752. No pudiendo aplicarse á los ascendientes la definicion del derecho de representacion dada en la nota del párrafo 746., se sigue: 1.° que en general el mas próximo escluye al mas remoto, *Nov.* 118. *cap.* 2.; 2.° que sin embargo, se admite aqui la sucesion por líneas. (*)

(*) Llámase sucesion por lineas aquella en que las leyes dan la mitad de la herencia á la linea paterna, y la otra mitad á la materna, Voec. *e. t.* §. 23.

753. No siempre suceden solos, pues cuando hay hermanos ó hermanas carnales ó hijos de estos, heredan junto con los ascendientes, *Nov.* 118. *cap.* 2. *vers. si vero.*

754. De estos principios se deduce: 1.° que si solo existen el padre y la madre, dividan entre sí la herencia del hijo (*luctuosam*) en partes iguales, con esclusion de los abuelos y abuelas; 2.° que si solamente sobrevive uno de los dos, tome toda la herencia con esclusion de los abuelos; 3.° que si solo existen ascendientes de grado mas remoto, sucedan por líneas; por cuya razon, si sobreviven la abuela paterna y el abuelo y abuela maternos, la herencia se dividirá en dos partes sin diferencia de bienes, dándose la una á la abuela paterna, y la otra al abuelo y á la abuela maternos, *Nov.* 118. *cap.* 2. *vers. si autem.*

755. Infiérese tambien; 4.° que los hermanos carnales y los hijos de estos no solamente se admiten con los padres de primer grado, sino tambien con todos los ascendientes; pero los hermanos carnales suceden en cabezas (*) lo mismo que los ascendientes, y los hijos de estos que concurren con los hermanos carnales, heredan en estirpes por derecho de representacion, *Nov.* 127. *cap.* 1. Pero cuando los hijos de los hermanos carnales existen solos, son escluidos por los ascendientes, *Nov.* 127. *cap.* 1. *fin.*

(*) Este es el caso en que los hijos toman su parte de pleno derecho, sin corresponder al padre el usufructo de este peculio adventicio. (481.)

756. Todo esto tiene tambien lugar respecto á los padres de los legitimados. Los padres (y no las madres) tambien suceden á los arrogados, con tal que mueran púberes. (§. 181. 1.) Lo mismo acontece en

---

754. *Dividan la herencia)* Pero el padre retiene el usufructo de la porcion materna, si estuviese en su potestad el hijo cuando murió, *L. fin. C. ad. SCt. Tertul.*

755. *Son escluidos)* No son admitidos por su persona aunque concurran solos, porque son de grado mas remoto, y constituidos en un orden á que se anteponen los ascendientes, y tampoco son admitidos por derecho de representacion, porque no tienen tios.

* *Adventicio)* Esto debe entenderse de aquella porcion de bienes castrenses, cuasi castrenses, ó adventicio por derecho pleno que dejase el hijo que estaba en la potestad del padre cuando murió.

756. *Púberes)* Pues muriendo dentro de la pubertad, se defiere la herencia á aquellos á quienes hubiera pertenecido, si no hubiera intervenido la adrogacion, V. el §. 181.

los adoptados plenamente, á quienes suceden juntamente el padre adoptivo y el natural, *Nov.* 118. *cap.* 8.; mas de ninguna manera en los adoptados imperfectamente, pues estos no estan en la potestad de los adoptantes.

757. Como los derechos de la sucesion comunmente son recíprocos, solo la madre sucede á los hijos ilegítimos; mas se esceptuan los adulterinos é incestuosos.

»Segun la ley 4. *tit.* 13. *Part.* 6., se admitia juntamente con los »ascendientes á los hermanos é hijos de los hermanos del finado; pe»ro las leyes de Toro repelieron de la sucesion á los hermanos del di»funto mientran existan ascendientes. *L.* 2. *tit.* 20. *lib.* 10. *Nov. Recop.* »Los ascendientes que son de una misma línea dividen entre sí la he»rencia por cabezas, y si de distintas, la dividen por líneas, esto es, »la mitad de la herencia va á la linea paterna, y la otra mitad á la »materna, sin distincion de bienes paternos y maternos, salvo en los »lugares donde fuere costumbre ó fuero que cada ascendiente lleve »lo que por su linea disfrutaba el ascendiente intestado, como lo dis»puso la ley 1. *tit.* 10. *Nov. lib.* 5. *Recop.* Los padres ilegítimos serán »llamados á la sucesion de los hijos, de la misma manera y en iguales »casos en que se admiten los hijos de esta clase, salvas las diferencias »que indica la analogía. *L.* 8. *tit.* 13. *Part.* 6.»

III. De la sucesion de los colaterales.

758. A falta de ascendientes entran los *colaterales* (742.)

759. En primer lugar suceden los *hermanos carnales*, esto es, los de padre y madre ó de ambos lados, y los hijos de estos, pues como nacen de la misma sangre y del mismo tronco, escluyen no solo á los unilaterales sino á todos los demas, *Auth. Itaque, C. comm. de success.*

En la potestad) Esta es una escepcion de la regla: *regularmente la sucesion entre ascendentes y descendientes es recíproca.* Se observa lo contrario solamente en la adopcion menos plena, en la cual suceden los hijos al padre adoptivo, sin que este les suceda á ellos.

757. *Son recíprocos)* Y por esta razon no puede la madre noble ó ilustre suceder á los hijos espúreos, pues que nada reciben estos de la herencia de aquellas, segun la *L.* 5. *de SCto. Orphit.* Y lo que es mas, sucede la madre ilustre á los hijos de padre incierto, no obstante que estos sucedan solamente á la madre cuando no existen hijos legítimos.

759. *Y los hijos de estos)* Con tal que sean de primer grado; pues los nietos de los hermanos no gozan de ninguna prerogativa antes de los que estan unidos con ellos en un mismo grado; y porque en la sucesion de los colaterales no se admite el derecho de representacion mas allá de los hijos de los hermanos.

Por derecho de representacion) Pero los hermanos uterinos ó consanguíneos, esto es, los medios hermanos ó hermanos de padre ó madre solamente, son escluidos por los hijos del hermano carnal, esto es, del hermano entero que murió, ó que lo es por parte de padre y madre, por derecho de representacion.

Cuando los hermanos carnales concurren solos, suceden en cabezas; pero si entran junto con los hijos de otros hermanos carnales, estos heredan en estirpes, y aquellos en cabezas. Si solamente existen los hijos de los hermanos carnales, entonces son admitidos en cabezas por derecho propio, *Nov.* 128. *cap.* 3.

760. Por la misma razon, faltando estos, suceden los hermanos y hermanas *unilaterales*, esto es, de un solo lado, y sus hijos; aquellos en cabezas y estos en estirpes, si concurren con los hermanos y hermanas unilaterales del difunto; y si solos, heredan en cabezas por derecho propio, sin diferencia de bienes paternos ó maternos, *Nov.* 118. *cap.* 3. Aunque en la práctica se suele preferir á los consanguíneos y á sus hijos en los bienes paternos, y á los uterinos y á sus hijos en los maternos.

761. A falta de estos, heredan los parientes mas cercanos, sean agnados ó cognados, varones ó hembras; pero el mas próximo escluye al mas remoto, v. gr. el tio escluye á los primos. Los que se hallan en un mismo grado suceden juntos en cabeza; y el doble vínculo no da preferencia en pasando de los hijos de los hermanos. *Nov.* 118. *cap.* 4.

762. Suceden igualmente los colaterales *legitimados*, y los incorporados en la familia por arrogacion ó adopcion plena. Estos solamente suceden á los agnados como consanguíneos y no á los cognados, *l.* 2. §. 3. D. *de suis et legit. hær.*, mientras que los ilegítimos solamente heredan á los cognados, §. 3. *Inst. ad SC. Orphit.* §. 4. *Inst. de success. cognat.*

»Segun nuestras leyes, los parientes transversales suceden en esta »forma: 1.º los hermanos bilaterales ó sus hijos, aquellos por cabezas,

---

En cabezas) Quieren algunos que los hijos de los hermanos cuando concurren solos, sucedan en estirpe por derecho de representacion, pero este derecho de representacion no tiene lugar en tal caso, como lo prueba Vin. *Quæst. select. lib.* 2. *cap.* 30.

760. *Sin diferencia de bienes paternos ó maternos)* Porque fueron llamados junta é indistintamente á la sucesion todos los qne estaban unidos con el difunto por uno de sus padres, esto es, por un solo lado. Ademas Justiniano quiso quitar toda diferencia entre los agnados y cognados, lo cual no se verificaria si adquiriesen por derecho de sucesion los consanguíneos los bienes paternos, y los uterinos los maternos, *Knorio.* V. Vinnio, *Quæst. select. lib.* 2. *cap.* 31.

761. *De los hijos de los hermanos)* Asi es que el hijo de hermano por parte de madre ó del tio paterno, si está solo, escluye á los agnados mas remotos aunque sean parientes por ambos lados. *Nov.* 118. *cap.* 3. *Aut. port. fratr. autem. C. de legitim. hæred.*

762. *Legitimados)* Los legitimados por dacion á la curia solamente suceden al padre, y no á los otros cognados ó agnados del padre; y al contrario. *Nov.* 89. *cap.* 4.

No á los cognados) Debe atenderse siempre al principio que se espuso en el §. 180., donde se dijo, que el arrogado pasaba á la familia del arrogador, y por lo mismo era considerado como hijo suyo, pero no como hijo de su muger.

Al fin) En cuyo caso el sobreviviente toma toda la herencia, porque parecia justo al pretor preferir la esposa al fisco, el cual suele por otra parte ocupar los bienes vacantes.

»mas estos por estirpes, cuando concurren con sus tios, y por cabezas »cuando están solos. 2.º Habiendo solamente medios hermanos del di- »funto por ambas lineas, se dividirán los bienes de modo que los pa- »ternos vayan á los hermanos de parte de padre, y los maternos á los »de parte de madre; y los demas se repartirán igualmente entre ellos; »3.º á falta de estos, entrarán los demas parientes por su orden y »grado hasta el cuarto grado civil, segun unos, y canónico segun »otros, sin que produzca preferencia alguna el doble vínculo de pa- »rentesco; 4.º no habiendo parientes legítimos, sucederán los natu- »rales por parte de madre, con esclusion de los de por parte de padre. »*Ll.* 5. 6. *y ult. tit.* 13. *Part.* 6.»

IV. De la sucesion de los cónyuges.

763. A falta de todos los consanguíneos, el cónyuge que sobrevivia era llamado antiguamente á la sucesion con el edicto *Unde vir et uxor.* (*)

(*) Aunque las mugeres pasaban antiguamente á la potestad del marido, y le sucedian como herederas suyas é hijas de familia (146. *), sin embargo, como aquella autoridad se estinguió, y las leyes civiles no dieron á los cónyuges ningun derecho á la sucesion, el pretor les favoreció con este edicto.

764. Mas por derecho novísimo el cónyuge pobre sobreviviente hereda al rico aun en consorcio de los descendientes, ascendientes y colaterales; y si hay mas de tres herederos, sucede en la parte viril, y si menos, en la cuarta. Cuando el consorte concurre con los hijos, toma su parte por derecho de usufructo; y cuando con los estraños, sucederá en la cuarta parte, por derecho de propiedad, *Nov.* 117. *cap.* 5. *Auth. Præterea*, *C. Unde vir et uxor.* Este derecho tiene tambien lugar aunque el consorte muera testado, *Nov.* 53. *cap.* 6. (*)

(*) Y no solo la muger, sino tambien el marido, *Nov.* 53. *cap.* 6. Aunque la mayor parte creen que esta novela fue derogada por la *Nov.* 117. *cap.* 5., esto solamente se debe entender en el caso que la muger fuere injustamente arrojada del matrimonio por el marido, segun lo demostró Huber, *prælec. á la Inst. ibid.* §. 18.

»Con respecto á los cónyuges, disponia la ley 6. *tit.* 13. *Parte* 6., »que faltando parientes colaterales del difunto hasta el décimo grado, »se heredaran recíprocamente el marido y la muger; pero la *ley* 6. *tit.* »22. *lib.* 10. *Nov. Recop.*, sin hacer mencion de los cónyuges, previe- »ne, que las herencias abintestato pertenezcan al fisco, á falta de pa-

---

764. *Con los hijos).* Esto es, con los hijos que tuvo del cónyuge difunto; mas no con los que hubo de otro cónyuge del difunto.

En la cuarta). En la cual se imputan los legados dejados por el difunto d. *Auth. præterea.* Por lo que podrá pedir el consorte lo que faltare para completar la cuarta, si se le legase menor porcion.

»rientes transversales hasta el cuarto grado. Sin embargo, ya se ha »advertido en el 1. *art.* de este título que la viuda pobre puede llevar »la cuarta parte de los bienes del marido con tal que no pase de cien »libras, aun cuando queden hijos de este matrimonio, y ya muera el »marido testado ó intestado.»

V. De la sucesion del fisco.

765. Finalmente, si no hay ningun sucesor legítimo, el fisco ocupa los bienes reconocidos vacantes dentro de cuatro años, con esclusion de los afines, tutores y curadores, *l.* 1. *pr.* D. *de success. edict. l.* 1. 4. *de bon. vac. l.* 1. §. 2. *D. de jur. fisc. l.* 2. 4. 10. *C. de success. edict.*

766. Sin embargo, se prefieren al fisco, los cónyuges, los socios en la cosa donada por el Príncipe, *l. un. C. Si liberal imp. soc. sin. hær. dec.*; la iglesia en los bienes del clero, *l.* 20. *C. de episc. et cler.*; las banderas en los bienes del militar, *l.* 2. *C. de hæred. decurion.*, y los colegios y corporaciones en los bienes del colegial ó miembro de la corporacion, *l.* 1. *C. de hæred. decur.*

»Segun la *ley* de 16 de mayo de 1835 corresponden al estado los »bienes de los que mueran intestados sin dejar personas capaces de »sucederles con arreglo á las leyes vigentes. A falta de dichas personas »sucederán con preferencia al estado: 1.° los hijos naturales legalmen»te reconocidos y sus descendientes por lo respectivo á la sucesion del »padre, sin perjuicio del derecho preferente que tienen los mismos »para suceder á la madre; 2.° el cónyuge no separado por demanda »de divorcio contestada al tiempo del fallecimiento, entendiéndose »que á su muerte deberán volver los bienes raices de abolengo á los »colaterales; 3.° los colaterales desde el quinto hasta el décimo grado »inclusive, computados civilmente al tiempo de abrirse la sucesion.»

TITULO XIV.

De las obligaciones.

767. Hasta aqui se ha tratado de algunos derechos en la cosa, y de los modos universales y singulares de adquirir. Reservando el derecho de prenda para otro lugar, Justiniano pasa á considerar el derecho á la cosa, el cual no siendo mas que la facultad que tenemos pa-

---

766. *Corporaciones)* Pero no todas, sino solamente las que gozan de este privilegio, cuales son los colegios de los decuriones, *L.* 4. *C. de hæred. decurion.*, la de los armadores de naves &c., *L.* 9. *C. eod.*

Al fin) Pero los bienes del peregrino ó estrangero no los adquiere el fisco, sino el obispo del lugar, para destinarlos á usos piadosos. *Aut. omnes peregr. C. comm. de sucess.*

ra obligar á una persona á que dé ó haga alguna cosa, es claro que todo derecho á la cosa nace de alguna obligacion.

768. La obligacion es el vínculo ó lazo de derecho por el cual tenemos que dar ó hacer alguna cosa, Arg. *pr. Inst. e. t.* De aqui nace el axioma: que la obligacion no pasa de la persona, y que por tanto, no produce accion contra un tercero, *l.* 25. *pr.* D. *de oblig. et act.*

769. La necesidad de dar ó hacer alguna cosa, ó se impone solamente por la *ley natural*, sin que la ley civil coadyuve á darle fuerza, *l.* 95. §. 4. *D. de solut.*, ó por derecho civil; pero que suele eludir el pretor por medio de escepciones que concede á pretesto de equidad; ó por la *ley natural* y el derecho civil juntamente. Las obligaciones del primer género se llaman meramente naturales, las del segundo meramente civiles, y las del tercero mistas, (*) §. 1. *Inst. de fidejuss. L.* 1. D. *de novat. l.* 3. §. 1. *D. de pec. const.* §. *Inst. de except.*

(*) El hijo de familia y el pupilo que contratan sin mandato del padre ó sin autoridad del tutor, se obligan naturalmente, porque los pactos se deben cumplir por derecho natural; mas la ley civil no autoriza completamente semejantes obligaciones, pues en virtud de los pactos nudos solamente da escepcion, pero no accion. Tales son las obligaciones meramente naturales. El que compelido de miedo promete alguna cosa, queda obligado por derecho civil, mas el pretor le concede por equidad la escepcion *quod metus causa*: he aqui una obligacion meramente civil. Finalmente, el vendedor está obligado por derecho natural y civil á entregar la cosa vendida, por tanto esta obligacion es mista.

770. Las obligaciones mistas, ademas de producir vínculo natural,

---

767. *Está obligado)* Asi pues, del derecho á la cosa nace accion personal contra el que se obligó, y nunca contra un tercero, á no ser que la accion fuese *in rem scriptæ*, pues estas imitan á las reales. V. la *ley* 20. *C. de pact.* ✽

768. *No pasa de la persona)* ¿Pues los herederos no se obligan tambien por las convenciones de sus antecesores? Los herederos, como que suceden en todos los derechos del difunto, son tenidos por una misma persona con el difunto, por lo que deben prestar sus hechos, aunque esta regla falla en los delitos, siempre que se trata de la pena. ✽

769. *Eludir por medio de escepciones)* A los cuales pertenecen tambien las restituciones *in integrum*. Muchas cosas que son válidas por riguroso derecho civil, son rescindidas por el pretor por medio de restituciones *in integrum*, y asi v. gr. aunque el que prometió alguna cosa por fuerza tiene que pagarla por derecho civil, el pretor movido de la equidad, da la escepcion *quod metus caussa*, por causa de miedo. ✽

✽ *La ley civil no autoriza)* Esto es, no autoriza las obligaciones concernientes á la persona del mismo pupilo. Pero esta obligacion del pupilo admite novacion, si se constituyesen fiadores ó prendas, *L.* 6. §. 2. *L.* 25. *D. de fidejuss. et mandator. L. ult. D. de novat.* Asi pues, con respecto á las obligaciones que no aprueba el derecho civil, es mas propio el ejemplo de la obligacion del furioso ó de la muger que se obliga contra el senadoconsulto Veleyano, pues que no tienen ningun efecto ni con respecto á los contrayentes ni á otra persona alguna, *L.* 6. *D. de verb. oblig. L.* 16. §. 1. *D. ad SCt. Vellej.* Averan. *Interp. pr. lib.* 2. *cap.* 14.

Meramente naturales) Como el derecho civil no autorice las obligaciones naturales en manera alguna, ó solamente en alguna parte, han dividido algunos la obligacion natural en *eficaz y en ineficaz.*

se sostienen ó por las leyes civiles, como sucede en los contratos, ó por por la jurisdiccion del pretor, como en la obligacion *ex constituto.* Aquellas se llaman civiles, estas pretorias, §. 1. *Inst. e. t.* De unas y otras habló Justiniano cuando dijo que la obligacion es un vínculo de derecho por el cual nos obligamos por los medios que da el derecho civil á dar ó hacer alguna cosa, *pr. Inst. e. t.* Esta definicion no pertenece á la obligacion en general sino á la mista.

771. Todas las obligaciones nacen de la equidad ó de la ley; pero unas se derivan inmediatamente de la equidad natural ó de la ley civil, y otras mediatamente, en virtud de un hecho obligatorio, v. gr.; el padre está obligado inmediatamente por equidad natural á dar alimentos al hijo, sin que preceda ningun hecho obligatorio, y el poseedor está tambien obligado inmediatamente, sin que preceda ningun hecho, á exhibir la cosa á aquel á quien interesa verla; mas los contrayentes y delincuentes se obligan inmediatamente por sus hechos, y mediatamente por la ley.

772. Los hechos obligatorios son ó lícitos, como las convenciones, ó ilícitos, como los delitos ó maleficios. Ahora trataremos de los primeros, y despues de los segundos. (§. 1032.)

773. Convencion ó pacto es el consentimiento de dos ó mas personas para dar ó hacer alguna cosa, *l.* 1. §. 2. *D. de pact.*

774. El derecho civil no da fuerza á todas las convenciones, sino solamente á aquellas que tienen causa civil aprobada por las leyes ó á las que estas dieron un nombre particular, y una accion de este mismo nombre. (*) Estas convenciones se llaman contratos, los demas pactos, *l.* 19. D. *de novat.*

(*) Asi los romanos no negaban que los pactos se debian cumplir, antes al contrario, reprobaban la conducta de los que no los guardaban. Pero como establecieron que la fidelidad se fundase en los contratos, era necesario que contratase una persona para obligarse, y no dieron accion en virtud de los pactos nudos, supuesto que omitiendo la estipulacion, que era el modo civil de obligarse, parecia que mas bien querian burlarse que comprometerse. V. Meril. *Observ. lib.* 8. *cap.* 39.

---

770. *Se llaman)* Diferéncianse tambien en los efectos, pues las civiles son siempre perpetuas, y pueden entablarse dentro de treinta años; las pretorias solamente duran un año. La razon de esta diferencia se halla espuesta con elegancia en las instituciones, *pr. tit. de perpet. et temp. act.*, *las acciones que se derivan de la jurisdiccion propia del pretor subsisten por lo comun un año, puesto que la jurisdiccion ó imperio del pretor dura solamente este tiempo.* ✻

771. *Pacto)* Obsérvese que el pacto se toma en sentido lato ó en sentido estricto: del primer modo comprende tambien los contratos, del segundo, se opone á ellos. ✻

774. *Un nombre particular)* Esto es, cierto vocablo ó determinacion que le da la ley para poder entablar en juicio cierta fórmula ó accion que le es propia. *Estor.* Y no se ha de entender esto como si los contratos nominados fueren solamente contratos porque tienen nombre, y aunque estuvieran destituidos de causa, pues todos los contratos tienen causa, esto es, una cosa ó un acto que obliga civilmente, aunque hay algunos que tienen nombre ademas de causa, V. *la nota sig.*

775. Por tanto, *pacto* es una convencion destituida de nombre y de causa (esto es, de dacion ó de hecho) que pueda por su naturaleza producir obligacion civil. Tambien se define, la nuda promesa de una cosa ó de un hecho futuro.

776. Contrato es la convencion que tiene nombre ó causa presente civilmente obligatoria por su naturaleza, *l.* 7. §. 1. *sig.* D. *de pact.*

777. El pacto es ó *nudo* ó *no nudo*. Nudo es el que solamente subsiste en virtud de promesa ó convencion, *l.* 7. §. 1. 2. 4. *D. l.* 10. *C. de pact.* sin producir accion, pero sí escepcion, *l.* 7. § 4. D. *de pact. l.* 10. *l.* 21. *l.* 28. *C. de pact.* No nudo es el que produce accion ó porque lo sostienen especialmente la ley ó el pretor, *l.* 6. *D. de pact.*, ó porque se agrega inmediatamente á un contrato de buena fe, *l.* 7. §. 5. *l.* 13. *C. de pact.* En el primer caso se llama pacto legítimo (*), en el segundo, pacto pretorio, y en el tercero, unido ó agregado.

(*) Se llama legítimo el que se confirma por la ley civil; y por eso son legítimos los pactos dotales, *l.* 6. *C. de dot. prom.*, los de donacion, *l.* 35. §. *ult. C. de donat.*, y ciertos pactos de usuras, *l.* 36. *D. de usur. l.* 7. *D. de fœn. naut. l.* 12. *C. de usur. Nov.* 136. *cap.* 4. Pactos pretorios son la hipoteca, *l.* 17. §. 2. *D. de pact.*, el de *constituta pecunia*, *l.* 1. *D. de pecun. const.*, y la convencion de prestar juramento, §. 11. *Inst. de act.*

778. Los contratos se celebran ó espresando ambas partes su consentimiento, ó presumiéndose que alguna de ellas lo presta por equidad ó por la utilidad que le resulta (*). Los primeros se llaman contratos verdaderos, los segundos cuasi contratos, de los cuales se tratará despues.

(*) El fundamento de los cuasi contratos es el consentimiento fingido ó presunto, y no el tácito como creen algunos, pues si asi fuera, no se obligarian los ig-

---

775. *De dacion ó de derecho)* Causa civil de obligar es aquella de que resulta obligacion segun las leyes. En los contratos reales es la *tradicion de la cosa*; en las estipulaciones, las palabras solemnes, en los contratos literales, el escrito, en los consensuales el consentimiento. Los innominados, de que luego trataremos, tienen causa en cuanto interviene una cosa ó un hecho; faltando ambos requisitos, son pactos y no contratos.

776. *Causa presente)* Adviértase que no todo vocablo se llama jurídicamente nombre, sino aquel de que nace accion del mismo nombre: asi pues, todas las convenciones de que resultan acciones, *præscriptis verbis*, *ó infactum*, *ó conditiones ex lege*, se dice que no tienen nombre, sino causa solamente.

777. *O el pretor)* Tales eran la hipoteca y el pacto de *constituta pecunia*, que producen acciones del mismo nombre.

De buena fe) Los pactos que se agregan *incontinenti* á un contrato de buena fe, esto es, al principio del contrato ó en el mismo contrato ó negocio, no producen propiamente accion, sino que se rigen por los contratos á que se añadieron y producen la misma accion que estos. V. Cujac. *Obs. lib.* 2. *cap.* 15.

Unido ó agregado) Los pactos que se añadian á contratos de estricto derecho ó que no se agregaban *incontinenti*, sino que se verificaban despues de hecho el contrato, no formaban accion, sino solamente escepcion, porque no se tenian por parte de estos mismos contratos. V. Bynkershoeck, *Diss. ad L.* 40. *D. de reb. cred.* Nood, *de pact. et transact. cap.* 11. *y* 12.

norantes ni los invitos, §. 1. *Inst. de oblig. quæ quasi ex contr.* Este consentimiento presunto se supone ó por equidad ó por utilidad, porque nadie debe hacerse mas rico con detrimento de otro, *l.* 14. *D. de condict. indeb.*

779. Los contratos verdaderos tienen ó *nombre* y *causa* juntamente, ó causa civil sin nombre. Los primeros se llaman contratos nominados, los segundos innominados, como son los cuatro siguientes: doy para que des, doy para que hagas, hago para que des, hago para que hagas, de los cuales no nacen acciones con un nombre particular, sino accion general *in factum*, ó *præscriptis verbis*, *l.* 1. 2. 3. 5. *l.* 17. §. *ult. D. de præscrip. verb. l.* 7. §. 2. D. *de pact.*

780. Todos los contratos innominados se perfeccionan por medio de la entrega de la *cosa* sobre que versan; de lo contrario, solo serian pactos. Mas los nominados se perfeccionan unos por medio de cosa, otros por medio de palabras, otros en virtud de un documento escrito, y otros por el consentimiento, §. *ult. Inst. e. t.*

781. Siendo todos los contratos convenciones, y como la convencion consista en el consentimiento, se sigue, que se obligan ambos contrayentes á darse ó hacerse alguna cosa, ó solamente queda uno obligado. En el primer caso el contrato se llama *bilateral*, y en el segundo *unilateral.* (*)

(*) Los contratos unilaterales ordinariamente son de estricto derecho, como el mútuo, la paga de lo que no se debe, la estipulacion, la obligacion literal. Los bilaterales son de buena fe, como el comodato, la prenda y todos los consensuales. 1.° En aquellos no se deben usuras, á menos que se hayan prometido; en estos se deben aunque no se hayan prometido, desde el dia en que hay morosidad, *l.* 3. *C. de usur.* 2.° Aquellos no son nulos por dolo, sino que se rescinden, *l.* 36. *D. de verb. oblig.* Estos son nulos cuando el dolo da causa al contrato, *l.* 7. *pr. D. de dol.*; pero si el dolo es incidente, se reclama con la accion ordinaria que nace del contrato, *l.* 13. §. 4. *y* 5. *D. de act. empt.*, concediéndose tambien al engañado la escepcion de dolo, *l.* 9. *pr. D. de dol.* 3.° En aquellos no se estinguia la compensacion sino por la escepcion de dolo malo; en estos cesaba la obligacion *ipso jure*; mas Justiniano alteró esto, §. 30. *Inst. de act.*

---

779. *Para que hagas)* Siempre que en estos contratos consiste la obligacion en dar, se entiende que no interviene numeracion de dinero, pues si interviniera, seria contrato nominado, v. gr. compra, locacion, sino cualquiera otra cosa de las que estan en el comercio humano, como sucede en la permuta. *

O præscriptis verbis) Esta accion se da al que obligó á alguno dándole ó haciéndole algo, para que este cumpla el contrato por su parte. V. Merill. *Obs. lib.* 8. *cap.* 20.

780. *De documento escrito)* Los contratos verbales y los literales se dice que son peculiares del derecho civil de los romanos porque han sido inventados y formados por ellos. *Estor.*

781. *De estricto derecho)* Esta regla no tiene lugar en la accion *ex stipulatu*, pues Justiniano quiso que fuere de buena fe, no obstante ser la estipulacion un contrato de estricto derecho, *L. un. C. de rei uxor. act. tabl.*, La razon es, por que esta accion *ex stipulatu* sucede en lugar de la dote. *

** *Es incidente)* Se dice que el dolo da causa al contrato cuando alguno que no pensaba contratar es inducido á ello por dolo, esto es, por las razones falsas que le sugirió el que deseaba contratar. Se dice que incide ó interviene el dolo en el contrato cuando alguno que contrata voluntariamente es engañado en alguna de las circunstancias del contrato, como en el precio de la cosa &c.

*

782. Por tanto, los contratos *unilaterales* solamente producen una accion, y los *bilaterales* dos, las cuales son directas, si ambos contrayentes se obligan desde el principio; pero si uno se obliga desde el principio y otro despues, se da accion directa contra el primero, y contraria contra el segundo, *l.* 17. §. 1. *y* 3. *l.* 18. §. 2. *l. penult.* D. *commod.* Esta se dirige siempre á reclamar indemnizacion.

783. Por medio de estas acciones, no solamente se exige lo prometido, sino tambien el resarcimiento de daños.

784. Hay *daño* siempre que alguno disminuye nuestro patrimonio. El daño se comete por dolo, por culpa, ó por caso fortuito. *Dolo* es toda astucia, engaño ó maquinacion que se hace para perjudicar, engañar ó defraudar á otro, *l.* 1. §. 2. *D. de dol. Culpa* es un hecho impensado por el cual se perjudica á otro, ó la omision de aquel cuidado que pondria un hombre diligente para evitar el daño, *l.* 31. *D. ad leg. Aquil. Caso fortuito* es un acaecimiento de tal naturaleza que el hombre no puede evitar, *l.* 18. *pr. D. commod.*

785. De estas definiciones se derivan los axiomas siguientes: 1.º En todo contrato se presta siempre el dolo, y nunca puede pactarse que no se prestará en lo sucesivo (*), *l.* 23. D. *de reg. jur.*; 2.º en los contratos que descansan en la fe de un amigo, como el depósito, sociedad, mandato y tutela, el dolo y la culpa lata producen infamia si

---

782. *Indemnizacion)* De lo que aparece la causa porque no son famosas las acciones contrarias, no obstante que algunas infamen directamente, como la de depósito, de tutela, de mandato, *pro socio.* Es la razon como se dice con suma elegancia en la *ley* 6. §. 7. *D. de his qui notantur*, porque en las acciones contrarias no se trata del dolo, sino de la cuenta ó cálculo. ✿

783. *De los daños)* Pero aqui no se trata del daño que se causa delinquiendo, del cual nace la accion de la ley Aquilia, de que se trata en el *lib.* 4. *tit.* 3., sino del daño que se causó contrayendo, el cual se enmienda muchas veces con la accion que nace del mismo contrato. ✿

784. *Por dolo)* Hay dolo siempre que se finge una cosa y se hace otra. Asi pues, se dice *dolo bueno* el que se verifica sin causar daño ni injuria á nadie, como si alguno usa de algun ardid ó disimulo para conservar sus cosas ó las agenas; y se dice *dolo malo* el que aqui se define, esto es, el que va unido con daño ó injuria de otro. Por lo demas aqui se trata del dolo que recae ó interviene en el contrato.

Maquinacion) Tambien pueden espresarse estas definiciones con mas brevedad diciendo; dolo es el propósito de dañar á otro injustamente; culpa es la omision de la diligencia que estaba uno obligado á emplear, y finalmente *caso* es un evento que no puede imputarse ni á intencion ni á negligencia nuestra. ✿

Al fin) Algunas veces se dice en el derecho que se hizo por acaso lo que no se ha hecho con dolo, *L.* 1. §. 3. *de ad L. Cornel. de Sic.*, tambien en algunos casos en que intervino culpa, *L.* 11. *D. de incend. ruin nauf.* Estor.

785. *En lo sucesivo)* Porque semejante pacto induciria á los hombres á pecar, lo cual es contra las buenas costumbres. ✿

Tutela) ¿Y por qué no en los demas contratos? Consiste esta diferencia en que estos cuatro contratos se celebran entre amigos, en cuya fidelidad y cuidado ponemos mucha confianza; y es cosa muy torpe que un amigo engañe á otro, bajo las apariencias de amistad. Pero los demas contratos se forman con cualquiera persona. ✿

alguno fuere condenado en virtud de la accion directa establecida contra él, *l.* 1. *D. de his qui not. inf.* Cic. *pro Rosc. Com. cap.* 6. *y pro Rosc. Am. cap.* 40.; 3.° el caso fortuito nunca se presta á no ser que el deudor fuese moroso en cumplir el contrato y acaeciese en el tiempo de su morosidad, ó si por su culpa diese ocasion al caso fortuito, *l.* 2. *C. de peric. et comm. rei vend.*, ó se constituyese á responder por él, *l.* 23. *D. de reg. jur.*; 4.° la culpa se ha de prestar, ya sea mayor ya menor.

(*) Pero sí vale el pacto de no prestarse el dolo ya cometido, *l.* 27. §. 3. *D. de pact. l.* 5. §. 7. *D. de admin. tutor.*

786. Tres son los géneros ó clases de culpa ó de negligencia, á imitacion de las tres clases que hay de padres de familia. Pues unos son muy diligentes y cuidadosos, de suerte que parece que tienen cien ojos para cuidar de todo; otros son muy descuidados y perezosos que no saben conservar la hacienda recibida, y otros ocupan un lugar intermedio entre estos, pues son medianamente cuidadosos. (*)

(*) El sistema de las tres especies de culpa admitidas por Vinio, Heinecio, Pothier y otros intérpretes, es combatido por Donellus (*Com. jur. civ. XVI.* 7.), por Coceyo (*Exercit. curios. pag.* 58.), por Tomasio (*de us. pract. doct. de culp. præstat. in contract.*), por Lebrun (*Essai sur la prest. des fautes*), y por Hasse (*dic culpa des roemis chen rechts*). (*Nota del Trad.*)

787. Los que no ponen el cuidado que prestaría un diligentísimo padre de familia cometen culpa *levísima*, *l.* 18. D. *commod.* Los que no ponen el cuidado de un diligente padre de familia cometen culpa leve (*), *l.* 32. *D. depos.*; y *culpa lata* los que no prestan aquel cuidado que suelen poner los hombres mas negligentes *l.* 213. §. 1. *l.* 223. D. *de verb. sign. l. penult.* §. 2. D. *de jur. et fact. ignor.*

(*) De suerte, que la culpa leve se gradua por el cuidado que un diligente padre de familia acostumbra poner en sus bienes, y esta culpa se llama por los doctores culpa leve en abstracto; pero si se atiende al cuidado que pone en sus cosas aquel con quien se contrae, se llama culpa leve en concreto, la cual deben prestar los socios entre sí, §. 9. *Inst. de societ.*, porque entrando voluntariamente en la sociedad, se juzga que aprueban el cuidado que cada uno pone en sus cosas.

Directa) Escepto en el mandato, donde el mandante puede hacerse infame por el dolo, si no quisiere pagar por dolo malo al fiador lo que este pagó por él, *L.* 6. §. *D. de his qui not. infam.* ✻

787. *De un diligente padre de familia)* Sin embargo, si el asunto de que se trata consiste mas bien en el esmero que es mas propio del arte y del ingenio, que en la economia y vigilancia, se atiende para medir la culpa al artífice, en lugar de atender al padre de familias, *L.* 9. §. 5. *l.* 13. §. 5. *D. loc. cond.* ✻

Al fin. Si se oyese á Tomasio en sus *Diss. de culparum præstation.*, no deba darse esta regla general, sino que deberá atenderse á la intencion de los contrayentes. Barbeyrac, sin embargo, cree suficiente la regla de que la cosa agena debe siempre cuidarse como si fuera propia, á la que no faltan objeciones. *Estor.* Es pues conveniente en esta materia de prestacion de culpas dejar al arbitrio y prudencia del juez la resolucion segun las diversas especies de casos.

788. Acerca de la culpa se deben observar los axiomas siguientes: 1.° en los contratos en que uno reporta toda la utilidad y otro todo el gravamen, aquel presta ordinariamente la culpa levísima, y esta la lata (*), *l.* 5. §. 2. D. *commod.*; 2.° cuando ambos reportan utilidades y cargas iguales, ambos prestan tambien la culpa leve, *l.* 5. §. 2. *D. commod.*; 3.° el que voluntariamente se ofrece al contrato, ó se compromete en un negocio en que se necesita el mayor cuidado y habilidad, debe prestar la culpa levísima, aunque solamente reporte las cargas, *l.* 1. §. 25. *D. depos. l.* 20. *C. de neg. gest. l.* 23. D. *de reg. jur. l.* 13. *l.* 21. *C. mand.*; 4.° el que voluntariamente ofrece á otro la cosa de que este solo saca utilidad, solo puede exigir la prestacion de la culpa lata, *l.* 8. §. 3. D. *precar.*

(*) Esto se entiende comunmente hablando, porque el tutor está obligado en favor del pupilo á cuidar esactamente de los bienes de este y á prestar la culpa leve, *l.* 1. *D. de tut. et rat. distrah.*

789. Pasemos ya á tratar de cada uno de los contratos nominados. Perfeccionándose estos por la entrega de la cosa, por las palabras, por escrito, ó por consentimiento, trataremos primeramente de los que se perfeccionan por la cosa.

»Nuestras leyes de Partida se conformaron con las romanas en »materia de convenciones; mas por la ley 1. *tit.* 10. *lib.* 10. *de la* »*Nov. Recop.*, se quitaron todas las diferencias entre pactos y contra»tos, y se dió fuerza obligatoria aun á las policitaciones; pues por »ella se dispuso, que de cualquiera modo que parezca que uno quiso »obligarse, quede efectivamente obligado. Nuestro derecho admite las »mismas reglas que el romano acerca de la prestacion de la culpa; »pero el ejemplo que pone Heinecio de la tutela se deberá regular »por el axioma segundo, pues por nuestras leyes es útil tambien al »tutor, á quien se le da la décima parte de los bienes del pupilo, y »por consiguiente presta la culpa leve.»

TITULO XV.

De los contratos reales.

790. Llámanse contratos *reales*, no los que producen accion real, sino los que se perfeccionan con la entrega de la cosa.

791. De los verdaderos y nominados (*) hay cuatro, á saber: mútuo, comodato, depósito y prenda, *pr. y §. sig. Inst. e. t.*

---

790. *Real)* Contrato real es aquel por el que, entregada y aceptada una cosa, nos obligamos á restituirla en especie, ó si no pudiese ser asi, á dar su estimacion. *Estor.*

791. *Depósito)* Pues y el secuestro ¿no es un contrato real? No lo es, porque ni aun puede llamarse contrato supuesto que no se verifica por consentimiento de las partes, sino que muchas veces se hace contra la voluntad de los litigantes, que controvierten sobre el derecho de posesion. *

(*) Todos los innominados lo son, y entre los cuasi contratos tambien lo son el de lo indebido, y la obligacion de los marineros, taberneros y mesoneros.

792. *Mútuo* es un contrato por el cual se da á uno alguna cosa fungible para que la haga suya, con la obligacion de restituir dentro de cierto tiempo otro tanto del mismo género, *pr. Inst. e. t.* Cosas *fungibles* son las que constan de número, peso y medida, *l.* 2. §. 1. D. *de reb. credit.*; en las cuales se considera que el dar otro tanto es dar la misma cosa.

793. De cuya definicion se sigue: 1.º que no hay mútuo sin que haya tradicion (á lo menos *brevi manu*) de dinero ú de otra cosa fungible, *l.* 2. § 3. *l.* 11. *pr.* y *l.* 15. D. *de reb. cred.*; 2.º que por medio del mútuo se enagena (*) y transfiere al deudor el dominio de la cosa fungible, *l.* 2. §. 2. *l.* 16. *l. penult.* D. *de reb. credit.* §. 2. *Inst. quib. alienar. lic. vel non.*

(*) Nótese esto contra lo que dice Claudio Salmasio, á saber: que el mútuo no es enagenacion. En el mútuo se deben distinguir la cantidad y la especie que se entrega. Esta pasa enteramente al dominio del deudor, mas no aquella, porque siendo cosa incorporal, no es objeto del dominio (388, 1.); asi es, que con respecto á la cantidad no se enagena el dinero, *l.* 55. *D. de solut.*, y con relacion al deudor, se llama capital ageno, *l.* 213. §. 1. *D. de verb. sign.*

794. Siendo el mútuo una enagenacion, se infiere: 1.º que solamente puede dar en mútuo aquel que puede enagenar, §. *ult. Inst. quib. alienar. lic. l.* 2. §. 4. D. *de reb. credit.*; y por tanto; 2.º si el que no puede enagenar diese en mútuo, puede vindicar el dinero que ha prestado si no ha sido consumido; pero si se hubiere gastado de buena fe, puede exigir la cantidad, y si de mala fe, puede reclamarla con la accion *ad exhibendum*, *l.* 11. §. *ult. l.* 13. *pr. l.* 14. *D. de reb. credit.*; 3.º lo mismo sucede si alguno prestare dinero ageno dolosamente y sin mandato del dueño, *l.* 11. §. *ult. l.* 13. *D. de reb. cred.*

---

792. *Para que la haga suya)* Este requisito constituye la naturaleza del mútuo, y por eso juzgaron los antiguos que el mútuo se llamaba asi, porque una cosa mia se hacia tuya: etimologia que aunque falsa, indica que segun los antiguos se transferia por el mútuo el dominio. *

Del mismo género) En el comodato, en el depósito, en la prenda y en el precario se vuelve la misma cosa en especie. En el mútuo ha de ser del mismo género, de suerte que si fuera de diverso, no seria mútuo. V. Cujacio, *Obs. lib. II. cap.* 37.

793. *Con respecto á la cantidad)* Esta sutil distincion es desaprobada por algunos autores; pues que no puede haber cuantidad sin cuerpo á que se refiera: de suerte, que si se dice que se enagena en el mútuo los cuerpos ó la especie, tiene que enagenarse tambien la cantidad porque esta sigue al cuerpo. V. Car. Ant. Fabrot. *Thesauro jur. rom. tom.* 3.

794. *Exigir)* Para este objeto se dará la *condictio sine causa*, la condicion sin causa, porque el deudor posee el dinero sin justo título, *L.* 19. §. 1. *D. de reb. cred.* * Otros autores opinan que deberá darse la *condictio ex mutuo*, pues parece que hubo mútuo cuando se consumió la cosa con buena fe, §. *ult. Inst. quib. alien. licet vel non. L.* 11. §. *ult. L.* 12. *D. de reb. cred.*

795. Como en el mútuo se enagena la especie, mas no la cantidad, se infiere; 4.° que se debe restituir otro tanto, no solo en cuanto á la cantidad, sino tambien á la cualidad, *l.* 3. D. *de reb. credit. l.* 99. *D. de solut.;* 5.° que puede pactarse el entregar menos, pero no mas de lo recibido, *l.* 11. §. 1. D. *de reb. cred.;* 6.° que alterado el valor de la moneda, se debe atender para la restitucion al tiempo del contrato, *arg. l.* 3. *D. de reb. cred. l.* 2. *C. de vet. num. potest. l.* 69. D. *de contr. empt.*, á no ser que se haya convenido pagar en cierta especie de moneda, *l.* 5. *l.* 22. D. *de reb. cred.*

796. De este contrato solamente nace una accion de su mismo nombre, á saber: la *condictio certi ex mutuo*, ó accion de mútuo, *l.* 5. *C. quib. non ob. long. tempor. præscr.*, por la cual el acreedor procede contra el deudor ó contra su heredero para que le pague otro tanto del mismo género y calidad, mas no las usuras, pues estas no se deben por derecho romano en los contratos de estricto derecho, á no ser que se prometan. (781.)

797. *Comodato* es un contrato por el cual se entrega una cosa no fungible gratuitamente para cierto uso, con obligacion de restituir la misma cosa en especie, concluido dicho uso, §. 2. *Inst. e. t.*

798. De aqui se sigue: 1.° que el comodato se da para cierto y de-

---

795. *A la cualidad)* Asi es, que no puede el deudor volver una cosa peor aunque sea de aquel género, v. g. vino nuevo por vino añejo, *d. l.* 3., pero sí podrá pagar oro por plata y al contrario. *Estor.*

No mas de lo recibido) Sin embargo, puede pedirse usuras por derecho civil, si se prometieron por estipulacion, mas no se pedirán por la *condictio ex mutuo*, sino por la *ex stipulatu.* Por derecho canónico se reprueban las usuras por razon del mútuo, y solo se pueden pedir por dos causas, á saber; por daño emergente ó lucro cesante, aunque muchos autores añaden otras varias. V. Noodt. *de fœnore et usur. lib.* 1. *cap.* 10. *y sig.*

Al tiempo del contrato) Esto es, al valor interno que tenia cuando se hizo el mútuo; de suerte que si posteriormente se disminuyese este valor, ademas de la suma que se recibió, debe darse lo que falte para representar el valor que tiene en el acto de hacer el pago, y si se aumentase el valor, debe hacerse el pago descontándose de la cantidad recibida el valor menor que tenia respecto al que tiene al hacerse el pago. ° Sin embargo, es mas equitativa como prueban Voet. *Pandect. tit. de reb. cred. y* Averanio *Interp. jur. lib.* 3. *cap.* 11. *y sig.*, la opinion de que el deudor está obligado á volver el valor de las monedas recibidas, atendiendo no al que tenian al tiempo en que fueron dadas en mútuo, sino al en que son pagadas; esto es, está obligado á dar otra tanta cantidad de metal acuñado de la misma calidad que el que recibió. V. Vinnio *al pr. Inst. e. t.*

En cierta especie de moneda) Si se añade en el mútuo el pacto de pagarse en la misma especie de moneda, nace la accion *in factum*; ni el deudor está obligado á recibir el dinero en otra forma que en la que le es útil. Bynkershoeck. *Obs. lib.* 1. *cap.* 9. Estor.

797. *Comodato)* Llámase tambien comodato á la misma cosa que por este contrato se entrega, ya sea corporal ó incorporal, mueble ó inmueble, sobre todas las cuales puede constituirse. *Estor.*

No fungibles) Tambien puede darse en comodato las cosas fungibles, como el dinero, segun vemos en la *ley* 4. *D. e. t.*, pero entonces no se da la cosa fungible para que se consuma, sino para que se use, salva la substancia.

terminado uso, pues de otra suerte será precario, *l.* 1. *pr. l.* 2. *D. de precar.*; 2.° que no admite paga, pues degeneraria en arrendamiento si se hiciese paga en dinero, §. 2. *Inst. e. t. pr. Inst. de loc.*; y si en otra cosa, se convierte en contrato doy para que des, *l.* 5. *D. de præscr. verb.*; 3.° que el comodatario recibe toda la utilidad, y el comodante el gravamen; 4.° que no se transfiere dominio como en el mútuo, *l.* 8. *l.* 9. *D. de commod.*

799. Como el comodato se da para cierto uso, regularmente no puede revocarse antes que este se acabe, *l.* 17. §. 3. D. *l.* 3. *C. commod.*; ni el comodatario puede aplicar la cosa á otros usos; y si lo hace, comete hurto de uso, §. 6. 7. *Inst. de obl. quæ ex delict. l.* 54. §. 1. D. *de furt.*

800. Degenerando el comodato en otro contrato siempre que se pacta paga, se sigue, que si interviene honorario (*) no se altera la naturaleza del comodato, *arg. l.* 6. *pr.* D. *mand.*

(*) El honorario se distingue de la merced: 1.° en que esta se determina por convencion, mas aquel se ofrece voluntáriamente; 2.° en que está solamente pertenece á las obras iliberales, mas aquel aun á las liberales y que no admiten precio.

801. Perteneciendo la utilidad al comodatario y el gravamen al comandante, se sigue; 4.° que aquel preste la culpa levísima, y este solamente la lata, *l.* 5. §. 10. D. *commod.*; 5.° que si el comodato redunda en utilidad de ambos, mútuamente deben prestar la culpa leve, *l.* 18. *pr. v. at si utriusque*, D. *commod.*, y que si solamente es provechoso al comodante, el comodatario no preste sino la culpa lata (788.) *l.* 5. §. 10. D. *commod.*

802. No transfiriéndose dominio por medio del comodato, se sigue; 7.° que si la cosa perece por caso fortuito, perece para el comodante como dueño de ella, *l.* 18. *fin. l.* 19. *l.* 20. *D. l.* 1. *C. commod.* §. 2. *Inst. e. t.*, sin que deba responder de él el comodatario.

---

798. *Precario)* El cual es una especie de liberalidad mas bien que un contrato. Se dice que se ha constituido precario cuando se concede gratuitamente el uso de una cosa sin limitacion de tiempo. Al que quisiere revocar el precario se le da el interdicto de precario, cuya fórmula se halla en la *ley* 2. *D. de precar.*

Dominio) A no ser que se dé en comodato alguna cosa estimándola en cierto precio por causa de venta, v. gr., te doy en comodato mi caballo para que hagas este viage, y si no volviese salvo, me darás por él cincuenta. *

799. *No puede revocarse)* A no ser que sobreviniere una necesidad inesperada. *Knorio.*

800. *Honorario)* Añádase á las diferencias entre el honorario y la merced, marcadas en el escolio de este párrafo, 3.°, que la merced ó precio se puede pedir por la accion *ex stipulatu*, y el honorario por la accion *in factum* ó *præscriptis verbis.* *

802. *El comodatario)* A no que siendo moroso en restituir la cosa, pereciere esta en tal ocasion; pues la morosidad se reputa por culpa segun nuestro derecho; ademas el comodatario presta tambien el caso fortuito si recibiese estimada la cosa comodada, *L.* 5. §. 3. *D. commod.*

803. De este contrato nacen dos acciones que llevan su nombre, á saber: directa y contraria de comodato. (782.)

804. La *directa* se da al comodante contra el comodatario y sus herederos, para que fenecido el uso devuelvan la misma cosa, y paguen los daños causados aun por culpa levísima.

805. La *contraria* se da al comodatario contra el comodante y sus herederos, para que le indemnicen los gastos de alguna consideracion que hubiere hecho á causa de vicio oculto de la cosa, ó los perjuicios que hubiere recibido por habérsela exigido antes de concluirse el uso, *l.* 17. §. 3. *l.* 18. §. 2. *y* 3. D. *de commod.*

806. El *depósito* es un contrato real por el cual se entrega á uno alguna cosa mueble para que la guarde gratuitamente y la restituya en especie al deponente en cualquiera tiempo que la pida, §. 3. *Inst. e. t.*

807. Asi pues, deben observarse los siguientes axiomas: 1.° este contrato es gratuito; 2.° no transfiere dominio ni uso, sino solamente la custodia de la cosa, *l.* 1. *pr.* D. *depos.* §. 3. *Inst. e. t.*; 3.° la utilidad es por lo comun del deponente, y el gravámen de solo el depositario.

808. Del primer axioma se sigue: 1.° que si media merced ó precio el depósito puede degenerar en arrendamiento ó en contrato innominado, *l.* 1. §. 8. 9. 10. *D. depos.*; 2.° que el honorario no muda la naturaleza de este contrato, *L.* 2. §. 24. D. *de vi bon. rapt.*

809. Infiérese tambien; 3.° que este contrato solamente se celebra entre amigos, en los cuales depositamos nuestra confianza, por lo que

---

805. *De alguna consideracion)* Tales son los gastos estraordinarios; pues los ordinarios, sin los cuales no puede usarse la cosa, son de cargo del comodatario, sin que los pueda repetir, *L.* 18. §. 2. *D. commodati.*

806. *Una cosa mueble)* Pues propiamente hablando, no se depositan las inmuebles, sin que obste la *ley* 186. *D. verbor. signif.*, donde se dice que encomendar es lo mismo que depositar; pues esto es cierto, si hay términos hábiles, esto es, si se trata de cosas muebles. Asi pues, se tendrá por un mandato, si alguno encomienda á otro el cuidado de las cosas muebles durante su ausencia, *L.* 4. §. 4. *D. de præscriptis verbis.* ☉ Sin embargo, supuesto que pueden darse en comodato y en precario las cosas inmuebles, *L.* 1. §. 1. *D. commod. vel cont.*, no hay motivo para que no puedan darse en depósito; pues que este no se diferencia del precario y del comodato sino en que por estos se da el uso de las cosas y por el depósito su custodia. Sino duda que puede encomendarse la custodia de una cosa; y que esto se debe aplicar tambien á las cosas inmuebles; si segun las *leyes* 24. *D. depositi.* 186. *D. de verb. signif.*, encomendar no es otra cosa que depositar, ¿quién negará que se puede encomendar el cuidado de una cosa inmueble? V. Jo. Voet. *á las Pand. tit. de por. vel cont. n.* 3.

En cualquiera tiempo) Aunque se haya fijado el tiempo para hacer la restitucion; pues semejante pacto se presume añadido en utilidad del deponente, *L.* 1. §. 45. *y sig. D. depositi.*

807. *Ni uso)* A no ser en el depósito irregular que se verifica cuando el depositario concede el uso de la cosa ó cuando, siendo fungible, la da sin cerrarla ni sellarla &c. ☉

808. *Degenerar)* Degenera en arrendamiento, si la paga consistiere en dinero, y degenera en contrato innominado doy para que des, si consiste en otra cualquier cosa, v. gr. en una medida de trigo, &c. ☉

el dolo y culpa lata del depositario se castiga con infamia, *Cic. pro Rosc. cap.* 39. *l.* 10. *C. depos. l.* 1. §. 1. D. *de his qui not. inf.* §. 2. *Inst. de pœn. tem. litig.*

810. Del segundo axioma se deduce; 4.° que si el depositario usa de la cosa comete hurto de uso, §. 6. *Inst. de obl. quæ ex del.*; 5.° que si espresamente se concede el uso de la cosa fungible, el depósito se convierte en mútuo, *l.* 24. *l.* 26. §. 1. *D. depos.*; 6.° pero si se concede el uso de ella tácitamente, v. gr. si se entrega sin haberla cerrado ni sellado, entonces se hace depósito irregular desde el momento en que el depositario la empieza á usar, *l.* 1. §. 34. D. *depos.*

811. Del tercer axioma se infiere: 7.° que el deponente presta por lo regular la culpa levísima, y el depositario la lata, *l.* 1. §. 7. 16. 20. *sig. D. depos.*; 8.° que este es responsable por el caso fortuito si se compromete á ello, si el depósito fuere irregular, ó si hubiere sido moroso en restituirlo, *l.* 24. *D. depos.*

812. El depósito se divide tambien en *simple*, del que hemos tratado hasta aqui, y en *miserable*, que es el que se hace por causa de tumulto, incendio, ruina ó naufragio, *l.* 1. §. 1. *D. depos.* Si el depositario ó su heredero cometieren dolo en el depósito miserable, estan obligados á restituir el duplo; pero si solamente lo cometiere el que murió, el heredero tan solo pagará el importe de la cosa, *l.* 1. §. 1. D. *depos.*

813. El *secuestro*, aunque parecido al depósito, se distingue de este: 1.° en que el depósito se hace por uno y por su voluntad, el secuestro se hace por muchos que litigan acerca del dominio, y algunas veces contra su voluntad, por órden del juez (*), *l.* 7. §. *fin.* D. *qui sa-*

---

809. *Con infamia)* Por lo que no es estraño que como dicen Herodot. *Histor. lib.* 1. y Juvenal *sat.* 13., se mirase por los antiguos como cosa tan torpe aun la mera intencion de defraudar al deponente, que fuese destruido Glauco con toda su familia porque pensó en negar un depósito.

811. *La lata)* En el depósito se exige aquella diligencia que emplea cada cual en sus cosas, de suerte que si se omite, recaen en el depositario las penas de dolo. Asi se ha de entender la *ley* 32. *D. de depos.*, á la que no obsta la 23. *D. de reg. jur.*, que habla del dolo.

Irregular) Porque entonces el depósito se convierte en mútuo, y como en el mútuo el deudor adquiere dominio, sufre tambien el caso fortuito.

Al fin) Si se ofreció el depositario á guardar el depósito, presta la pena levísima, *L.* 1. §. 35. *D. depos.*

812. *El duplo)* Como que el deponente no pudo dejar de hacer el depósito, y no tuvo tiempo para elegir un amigo en cuya fidelidad confiase, la ley ha amenazado doblemente al depositario, para con su rigor evitar el dolo, que era en tal caso doble inminente. Obsérvese ademas, que antiguamente en toda clase de depósito era condenado el depositario á pagar el duplo, como dice Ulp. *Fragm. e. t.*, pero posteriormente el pretor hizo esta distincion.

813. *Secuestro)* La secuestracion se define, un acto por el cual una cosa litigiosa es entregada por los litigantes ó por el juez á un tercero, que se llama *secuestro*, para que la guarde, y la entregue al vencedor en el pleito.

Contra su voluntad) Y de aqui la division del secuestro en voluntario y necesario.

*

tisd. cog.; 2.º en que aquel se hace de qualquiera cosa mueble; este aun de cosa inmueble litigiosa, *l.* 110. D. *de verb. sign. l.* 5. *C. quor. adpell.*; 3.º en que el depósito por lo regular solo transfiere la custodia, mas el secuestro transfiere la posesion y cuidado á la persona que recibe el secuestro, *l.* 17. §. 1. D. *depos. d. l.* 5. *C. quor. adpell.*

(*) Pero solo por temor inminente de fuga, *l.* 7. §. *ult. D. qui satisd. cog.*; de dilapidacion, *l.* 12. §. *ult. D. de adpell.*; de pillage ú otras causas semejantes y mas graves, *l. ult. f. C. quib. ad lib. l.* 5. *D. quor. adpell. l.* 20. §. 1. *C. de agric.* A este caso tambien pertenece la especie singular del *cap.* 14. *X. de sponsal.*, en donde se habla de la secuestracion de la esposa que habia prometido casarse con dos. Fuera de estos casos está prohibida la secuestracion de la cosa litigiosa, *l. un. C. de prohib. sequestrat. pecun.*

814. Tambien se dan en virtud de este contrato dos acciones, á saber: directa y contraria de depósito. (783.)

815. La *directa* se da al deponente contra el depositario ó sus herederos, para que restituya la misma cosa depositada con todos sus frutos y mejoras, y resarza el daño causado por dolo ó culpa lata, sin poder oponer la escepcion de compensacion, la de dolo malo, ni la del derecho que compete en la cosa depositada, *l. penult. C. depos. l. ult.* §. 1. *C. de compens.* Tampoco puede el depositario usar del derecho de retencion, aunque los doctores lo concedan por las impensas necesarias hechas en la cosa depositada, *l.* 11. *C. depos.*

816. La *contraria* se da al depositario contra el deponente ó sus herederos para que reclame su idemnizacion, *l.* 5. *pr.* D. *depos.*

817. Despues que se ha concluido el pleito se da al vencedor en virtud del secuestro accion *directa secuestraria* contra el secuestro, que es, el que tiene la cosa secuestrada, ó su heredero, para que restituya la cosa depositada con todos sus emolumentos y mejoras, *l.* 5. §. 1. *l.* 12. §. 2. D. *depos.* La contraria se da al secuestro contra el vencedor para la indemnizacion, *l.* 5. §. 2. D. *depos.*

818. La *prenda* se constituye por medio de contrato, y cuando se

---

Al fin) Ademas, el depósito es gratuito, y el secuestro como que va unido con la carga de la administracion, admite salario. ✠ Se impide ó revoca el secuestro, si la parte que poseia lo que es ó ha sido objeto de él se obligase por medio de fiadores á entregarlo donde el juez determine en su sentencia, Arg. *L.* 7. §. *ult. D. qui salud. cog. L.* 1. §. 36. *al fin. y* §. 37. *L.* 14. *D. depost.* ✠ *Mas graves)* Cuales son todas aquellas qué causan un perjuicio irreparable. Fuera de estos casos, se prohibe el secuestro, porque nadie debe ser privado del beneficio de la posesion, del cual se trata en el §. 1286. 3. ✠

815. *Ni la del derecho)* A no ser que el depositario pruebe *incontinenti* que es dueño de la cosa que deponia quien la poseia sin derecho alguno, *L.* 15. *l.* 31. *D. depos.* Estas disposiciones tienen por objeto evitar que se niegue el depósito con pretesto de tales escepciones. Sin embargo puede negarse el depósito cuando consiste en una arma y fue depositada por un loco; pues entonces basta que se restituya al juez ó á los parientes del furioso. ✠

817. *Para que le indemnice)* A la cual pertenece la relevacion de la caucion, y la prestacion del salario ú honorario debido por la administracion. ✠

establece de este modo y se entrega, da derecho en la cosa, á la manera que la hipoteca constituida por solo pacto y sin tradicion. (§. 339. * * §. 334.) De este derecho nace accion en la cosa, cuya accion se llama *serviana* y *cuasi serviana* ó *hipotecaria*; aquella se da al arrendador de un fundo rústico contra el colono ó cualquier poseedor; esta al acreedor contra el deudor ó cualquier poseedor, para perseguir las cosas empeñadas, §. 7. *Inst. de act.*

819. Mas la prenda no se considera aqui como derecho en la cosa, sino como un contrato por el cual se constituye este derecho. En este concepto puede definirse un contrato real por el que entrega el deudor al acreedor una cosa en seguridad de la deuda, con la condicion de que pagada esta, se le restituya la misma cosa en especie, §. *ult. Inst. e. t.*

820. Por tanto: 1.° pueden darse en prenda todas las cosas que prestan seguridad al acreedor, *L.* 9. §. 2. D. *de pign. act.*; 2.° en virtud de este contrato no se transfiere el uso, sino la posesion y custodia, y por esto debe haber tradicion, §. *ult. Inst. e. t.*; 3.° el contrato de prenda es útil á ambos contrayentes, §. *ult. Inst. e. t. l.* 5. §. 2. *D. commod.*

821. Del primer axioma se sigue: 1.° que pueden darse en prenda las cosas corporales é incorporales, *l.* 11. §. 2. D. *de pign. l.* 4. *C. quæ res pign. dar.*; las muebles ó inmuebles, las propias ó agenas, con tal que intervenga el consentimiento ó ratificacion del dueño, *l.* 20. *pr.* D. *de pign. act.*; pero no las cosas exentas del comercio, *l.* 9. §. 1. D. *de pign. et hypoth.*, ni las litigiosas, *l.* 1. §. 2. *D. quæ res pign. L.* 3. *C. lug. cit.*

822. Del segundo se infiere, que el acreedor no puede usar de la prenda, á no ser que interviniese el pacto llamado *antichresis*, esto es,

---

818. *Por solo pacto)* Diferéncianse ademas la prenda y la hipoteca en que la prenda puede consistir en las cosas muebles y en las inmuebles, cuando la hipoteca constituida en cosas muebles es por lo comun inutil y de ningun uso. Ademas el derecho de prenda proviene del derecho civil, el de hipoteca del derecho pretorio. *

819. *En seguridad)* De suerte que no pasa al acreedor ni el uso ni el dominio de la cosa, á no que medie el pacto anticrético. Asi es, que aunque el acreedor posea naturalmente la prenda, no la posee jurídica ó civilmente, porque no puede tener ánimo de poseerla. *

821. *Intervenga)*. Pero si alguno diere en prenda una cosa agena sin consentimiento de su dueño, cometerá el delito de estelionato, del cual trata la *l.* 3. *y* 4. *D. de stelhon.* * Pueden tambien obligarse los frutos futuros, dando la accion util para su persecucion.

Las litigiosas) Pues siendo estas cosas inenagenables desde el momento que fue contestado el pleito, y como se verifique enagenacion, no solamente por la traslacion del dominio, sino por la dacion en prenda, *L.* 1. *C. de reb. alien. non alienand.*, es consiguiente, que no pueden empeñarse estas cosas. *

Al fin) Ni tampoco pueden empeñarse los bienes del pupilo sin decreto del juez, ni los instrumentos de labranza, á no ser que á falta de otros lo mande el juez por sentencia de ejecucion, *L.* 1. §. 1. *D. de pignor. et hypot.*

de que el acreedor use de la prenda en compensacion de las usuras, *l.* 11. §. 1. *D. de pign. et hypoth.*; que hay grande diferencia entre la prenda y la hipoteca (*), *l.* 9. §. 2. D. *de pign. act.*

(*) La prenda se constituye por contrato; la hipoteca por pacto pretorio. La prenda se entrega; la hipoteca afecta la cosa sin tradicion, §. 7. *Inst. de act. l.* 9. §. 2. *D. de pign. act. l.* 238. §. 2. *D. de verb. sign.*

823. Del tercer axioma se deduce, que ambos contrayentes deben prestar la culpa leve, *l.* 5. §. 2. D. *comm. l.* 25. D. *l.* 5. *l.* 7. *D. de pignorat. act.*, sin que obste la *l.* 13. §. 1. D. *lug. cit.*

824. De este contrato nacen tambien dos acciones *pignoraticias*, á saber: directa y contraria, §. *ult. Inst. e. t. l.* 3. *l.* 8. *l.* 9. *pr.* D. *de pign. act.*

825. La *directa* se da al deudor luego que ha pagado la deuda para que reclame del acreedor ó sus herederos la cosa dada en prenda (*) con todos sus frutos y aumentos, y los daños causados aun por culpa leve, §. *ult. Inst. e. t.*

(*) Pero aunque el deudor haya pagado la deuda, si despues contrae otra nueva, puede el acreedor retener la prenda. *Véase todo el tit. C. etiam ob chirog. pecun. pign. teneri.*

826. La *contraria* se da al acreedor para que pida su indemnizacion del deudor ó sus herederos, v. g., si hubiere hecho gastos en la prenda, si á consecuencia de ella hubiere sido perjudicado, si se hubiere dado una cosa agena, &c., *l.* 3. 8. 9. 36. *D. de pign. act.*

»Nuestras leyes siguen á las romanas en cuanto concierne á la esen-

---

822. *En compensacion de las usuras*) Por ejemplo, si se pacta que el acreedor habite la casa dada en prendas, hasta que se pague la deuda. ¿Pero qué sucederá si los frutos de las prendas escedieren de las usuras? entonces el acreedor no estará obligado á dar cuentas si los frutos fueren inciertos, á no ser que fuere el esceso de consideracion: pero sí estará obligado á darlas si fueren ciertos los frutos, á no ser que fuera el esceso de poca monta. Para librarse de esta carga, es muy prudente verificar en lugar del pacto anticrético el contrato de compra con el pacto de *retrovendendo*. Entonces se adquiere el dominio y no hay obligacion de dar cuentas. * Opina Nood. que el testo de dicha ley 13. §. 1., en donde parece exigirse del acreedor un cuidado exactísimo, debe enmendarse poniendo una coma despues de la palabra culpa, y en lugar de la partícula disyuntiva *ut*, la partícula *at*.

823. *Al fin*) El acreedor está obligado á prestar la culpa levísima en el caso que ocupare la cosa por su propia autoridad, como lo esplica la *l.* 30 *D. de pignoraticia act.*

824. *Pignoraticia*) Esta accion no debe confundirse con la serviana y cuasi serviana. Aquella es real, esta personal; aquella es pretoria, esta civil; aquella se da al acreedor, esta directamente al deudor. *

825. * *Retener*) Pues entonces la cosa empeñada no se considera como prenda, y el acreedor tiene en ella el derecho de retencion, derecho que compete á todos los que poseen la cosa con el título justo de deudores, y aunque solo tengan posesion natural, no estan obligados á restituir la cosa, mientras no se pague la deuda. *

»cia del mútuo. Segun la ley 3. *tit.* 1. *Part.* 5., no se puede deman»dar lo dado á las iglesias, concejos, reyes, comunidades ni menores, »si no se prueba que se convirtió en utilidad suya. Segun la ley 4. »del *tit. cit.* no se puede dar prestado á los hijos de familia estando »bajo la patria potestad, sin que se pueda obligar á la restitucion, ni »á ellos ni á sus padres ni fiadores, judicial ni estrajudicialmente; es»cepto en seis casos: 1.° si el hijo de familia dijese falsamente que no »estaba sujeto á la potestad paterna; 2.° si por sus actos ó empleo fue»se tenido por hijo de familias; 3.° si fuese caballero; 4.° si el padre »consintiese espresa ó tácitamente en el préstamo ó lo ratificase; 5.° »si la causa fuese evidente y justa, como para acudir á los gastos de »los estudios, y 6.° si el hijo fue nombrado administrador ó factor por »el padre. En los primeros casos se obliga solo el hijo, en los demas »se obliga tambien el padre. Acerca de la reduccion de monedas, »cuando se pagan en distinta calidad de le recibida, pueden verse las »leyes 18. y siguientes, *tit.* 1. *lib.* 10. *Nov. R.*»

TITULO XVI.

De las obligaciones verbales.

827. A la manera que los contratos reales no se perfeccionan con el solo consentimiento, sino con la entrega de la cosa, asi tambien, los contratos verbales no se perfeccionan con el solo consentimiento sino por la solemnidad de palabras.

828. Antiguamente hubo tres especies de estos contratos, á saber: la espresion solemne de la dote, *dotis dictio* (*), la promesa de las obras hechas por el liberto, confirmada con juramento, y la estipulacion, Cay. *Inst. lib.* 2. *tit.* 9. §. 3. *sig.* Ulp. *Frag. tit.* 6. §. 1. *sig.*, de la que trataremos aqui por ser la única que se encuentra en nuestros libros.

(*) La dote ó se daba depositándose sellada en poder de los agoreros, Suet. Claud. *cap.* 26., ó se prometia respondiendo á la estipulacion segun dice Plauto,

---

827. *Por la solemnidad)* Asi lo quisieron los romanos, no obstante que entre los griegos bastaba el mero consentimiento para constituir toda obligacion, como dice Merillio, *Obs. lib.* 4. *cap.* 1. Asi pues, estos contratos son de derecho civil y no de derecho de gentes, porque sus solemnidades se han prescrito arbitrariamente por el legislador, V. Grocio *de jur. bell. et pac. lib.* 2. *cap.* 11. *pr.* ✠

Con juramento) El siervo hacia la promesa por juramento antes de ser manumitido, porque no podia intervenir estipulacion entre el siervo y el dueño. ✠

Stipulacion) Varias son las opiniones que hay acerca de la etimologia de esta palabra. Unos autores la derivan de *stipite* (caña ó estaca), otros del símbolo de una arista, y otros la derivan de *stipare* (estivar) afirmar. Paulo en *el lib.* 5. *sent.* 7. §. 1., dice que las estipulaciones se inventaron para dar fuerza y firmeza á las obligaciones que se contraen con cierta fórmula ó solemnidad de palabras, cuyas fórmulas se llamaron estipulaciones porque por ellas se daba firmeza á la obligacion, y entre los antiguos se llamaba *stipulum* todo lo que tenia fuerza y validez.

ó se espresaba con palabras solemnes, pero diversas de la estipulacion, como son las que usa Terenc. *Andr. act.* 5. *escen.* 4. *v.* 47.

...... *Dos, Pamphile, est*
Talenta quindecim. Pam. Accipio.

Véanse nuestras antig. rom. lib. 2. *tit.* 7. §. *y sig.*

829. La estipulacion es un contrato unilateral por el cual, respondiendo uno acorde é incontinenti á la pregunta que se le hace, se obliga á dar ó hacer alguna cosa que interesa á otro. Como la mera promesa de una cosa futura no producia accion por derecho romano, se inventó la estipulacion para obligar al que promete una cosa futura, *pr. Inst. e. t. l.* 27. *C. de pact.*

830. Pudiendo prometerse una cosa cierta, como la especie ó cantidad, ó incierta, como un género ó un hecho, la estipulacion es cierta ó incierta, *l.* 74. *D. de verb. oblig. pr. Inst. lug. cit.*

831. Tambien se promete puramente, bajo de condicion ó hasta cierto dia; de aqui la estipulacion se divide en pura, condicional y determinada á un dia, §. 2. 4. *Inst. l.* 73. *pr.* D. *e. t.*

832. Asi pues, deben observarse los axiomas siguientes: 1.° si la estipulacion es pura, el dia cede y viene inmediatamente, *l.* 213. *D. de verb. sign.*; 2.° cuando se añade condicion posible, el dia ni cede ni viene mientras pende la condicion (*), *l.* 213. D. *de verb. sign.*; 3.° la condicion imposible vicia enteramente la promesa, *l.* 1. *Inst. de inut. stipulat. l.* 7. *l.* 26. *l.* 27. *pr. l.* 123. D. *e. t.*; 4.° si se promete alguna cosa desde cierto dia, el dia señalado cede, pero no viene mientras no llega, §. 2. *Inst. e. t.* §. *penult. Inst. de inut. stipulat. l.* 213.

---

830. *Un género*) Estas estipulaciones mas bien que inciertas, son ilusorias cuando se promete un género sumo, v. gr.; si alguno prometiese á Ticio un animal, sin designar su especie, pues cumplia con dar el mas vil y pequeño insecto.

832. *Axiomas*) Todos los axiomas que se establecen en este párrafo y en el siguiente acerca de la estipulacion, se pueden aplicar á todos los demas contratos, en cuanto no se fundan dichos axiomas en la naturaleza peculiar de este contrato, que consiste en la solemnidad de la pregunta y de la respuesta.

Cede y viene inmediatamente) De suerte que lo que se prometió puramente se puede pedir al momento; pero esto se ha de entender con alguna limitacion de tiempo: no ha de ir el acreedor con el bolsillo abierto al deudor para que le pague inmediatamente, como dice Paulo en *la ley* 105. *D. de solution.* Al juez incumbe señalar el tiempo en que debe hacerse el pago en atencion á las circunstancias y calidades de las personas, &c.

Pero no viene) Y si se paga la deuda antes que venga el dia, no se puede repetir (*a*); tambien puede hacerse novacion de la obligacion antes que llegue el dia. *L.* 5. *D. de novat.*

(*a*) En la obligacion contraida desde cierto dia, el dia fijado indica la época en que debe comenzar la ejecucion del contrato; y esta estipulacion se llama *in diem*, ó mas bien *ex die*, segun Paulo, en contraposicion á las estipulaciones hechas *ad diem*, es decir, con indicacion del dia en que deberá cesar la obligacion. Tal seria por ejemplo la estipulacion en que se prometiese pagar no en el dia primero de marzo próximo, sino hasta primero de marzo próximo. *(Nota del Trad.)*

D. *de verb. sign.*; 5.º si se ha prometido alguna cosa hasta cierto dia, el dia cede y viene inmediatamente, y la obligacion se perpetúa; pero pasado el dia, se destruye con escepcion, §. 3. *Inst. e. t. l.* 44. §. 1. D. *de oblig. et act.*; 6.º si hay duda sobre si existirá el dia incierto, se tiene por condicion, *l.* 75. *D. de condit. et demonstr*; 7.º en los contratos la condicion existente se retrotrae al principio, *l.* 11. §. 1. D. *qui potior. in pign.* Lo contrario sucede en los legados, *l.* 18. *D. de regul. jur.*

(*) La condicion que se fija en tiempo presente ó pasado propiamente no es condicion, segun digimos en el §. 648. Por tanto no suspende la obligacion, sino que la estipulacion es válida ó se invalida inmediatamente, v. gr.; ¿darás si Ticio fue consul? Si fue consul, la estipulacion vale inmediatamente, si no lo fue, al instante se invalida, §. 6. *Inst. de verb. oblig.*

833. Deben tambien observarse los axiomas siguientes: 1.º que no puede deberse por un tiempo dado, §. 3. *Inst. e. t.*; 2.º que la estipulacion consta de pregunta y respuesta correspondiente, §. 1. *Inst. e. t.*; 3.º que la condicion negativa suspende la entrega de la cosa hasta la muerte del promitente; de suerte que si uno estipula: ¿prometes dar si yo no fuere al capitolio? es lo mismo que si hubiese estipulado dar para cuando muriese (lo contrario sucede en las herencias y en los legados), §. 4. *Inst. e. t.*; 4.º que en virtud de la estipulacion condicional se transmite á los herederos la esperanza, aunque aquel á quien se debe bajo de condicion haya muerto antes de cumplir esta (*), §. 4. *Inst. e. t.*; 5.º que ninguno puede obligar á otro con su promesa,

---

Con escepcion) Esto es, no se quita la obligacion por pasarse el dia señalado, sino que se elude por medio de escepcion. La razon se halla en la *ley* 17. *D. de pact.*, á saber; porque los pactos añadidos á los contratos de estricto derecho no producen accion, sino escepcion. *

Se retrotrae) Por ejemplo, si un padre de familias estipulase ciento para un hijo suyo que tiene en su potestad, con la condicion, si regresare tal nave, podrá vindicar el padre para sí el usufructo de esta cantidad, aunque regresare la nave despues de haber sido emancipado el hijo. *

833. *Del promitente*) Sin que tenga lugar en los contratos la caucion muciana, de que se trató en el *tit. de hæred. instit.*, pues solamente dice respecto á las últimas voluntades: ademas Cujacio, *Obs. lib.* 14. *cap.* 32., niega que tenga lugar esta caucion en las estipulaciones, porque estas son contratos de estricto derecho. *

Cuando muriese) Es lo mismo esta estipulacion que la anterior, en el concepto de que en caso de producir accion, no la intentará el estipulante, sino su heredero; pero sin embargo, como el estipulante no puede dejar de morir, y sí dejar de subir al capitolio, se diferencian en que en la estipulacion contraida para cuando muriere, siempre se estipula útilmente, porque es indudable que ha de llegar este dia: en una palabra, la una se refiere á un acontecimiento cierto, la otra á un suceso dudoso; la una se contrae á término, la otra bajo condicion, *L.* 20. *D. de jur. dot. L.* 45. §. 1. *D. de verb. oblig.* (*Nota del Traductor.*)

Se trasmite) A no ser que la condicion esté en las facultades del estipulador, esto es, que pueda cumplirse por él, y aparezca que se eligió para su cumplimiento la industria de la persona, Vin. *al* §. 4. *Inst. e. t. n.* 7.

§. 3. *Inst. de inutil. stipul.*; 6.° que solamente se puede estipular para sí, §. 4. *Inst. lug. cit.*, á no ser que al que estipula interese el estipular para otro, §. 19. *Inst. lug. cit.*

(*) Lo contrario sucede en las herencias y legados que se dejan bajo de condicion, pues no se trasmiten si el heredero ó legatario muere antes de cumplirse la condicion (§. 341.), *l. un.* §. 7. *C. de caduc. toll.*

834. Siendo la estipulacion contrato unilateral, produce una accion llamada *ex stipulatu* (de lo estipulado), *l.* 83. §. 6. *D. de verb. oblig.* Si lo que se pide es cosa cierta, la accion se dice *actio certi;* y si incierta, *actio incerti ex stipulatu*, *pr. Inst. e. t.*

835. Ambas se dan al estipulante contra el promisor ó su heredero para que dé ó haga lo que prometió.

836. Aunque se dice generalmente que el promisor de hecho se exime de la obligacion satisfaciendo lo que interese, no aparece asi de la *l.* 72. *pr. l.* 75. §. *fin. l.* 81. *l.* 112. §. 1. *D. de verb. oblig. l.* 13. §. *fin.* D. *de re jud. l.* 71. §. 2. *D. de condit. et demonst.* Es verdad que el que promete un hecho puede pactar que pagará su importe si no lo cumple á su debido tiempo; pero que no pueda ser compelido á prestar el hecho, ó que se exima de la obligacion ofreciendo su importe, no se lee por cierto en ninguno de aquellos testos. Cujac. á la *l.* 72. D. *e. t.* Coras. *Miscel. lib.* 2. *cap.* 3. Ulr. Huber. *Præl. ad Inst. e. t.* §. 5. Thomas. *en su singular disertac.*, *An*, *qui*, *&c.*

837. Y aunque Justiniano dice que es útil añadir pena convencional á las estipulaciones de un hecho, §. *ult. Inst. e. t.*, no por esto se entiende que el promisor de un hecho no está obligado á cumplirlo, sino que como los hechos no tienen muchas veces valor fijo y por lo

---

Al fin) Aunque el procurador estipula para su dueño, este no puede por derecho romano pedir lo estipulado, sin obligar al procurador por la accion de mandato á cederle la eviccion. *L.* 49. §. 2. *D. de adquir. vel omitt. poss.*

* *Lo contrario)* La razon es, porque la estipulacion adquiere su fuerza en el acto de contraerla, por razon del consentimiento, de suerte que el estipulante ha adquirido ya un derecho, pero el legatario antes de la muerte del testador no tiene derecho adquirido que pueda transmitir á sus herederos. Vin. §. 4. *Inst. e. t. n.* 6. Y tambien, como vulgarmente se dice, porque se presume que el que estipula contrae para sí y para sus herederos. V. Cujacio. *Obs. lib.* 25. *cap.* 19.

835. *Lo que prometió)* Pero no para reclamar los intereses, pues que estos no se deben por los contratos de estricto derecho, si no se prometieron especialmente.

836. *Lo que interese)* Entiéndese por esto, el lucro cesante y el daño emergente, esto es, aquello de que carecemos ó que pudimos lucrar, atendiéndose para su estimacion, solamente al lucro que versa sobre la cosa, V. Vin. *Quæst. select. lib.* 2. *cap.* 37.

De la ley 72. pr.) Pues de lo que de esta ley y de las siguientes se colije, es que el estipulante puede elegir entre la prestacion del hecho, y que se le dé lo que interese, pero no el promisor, el cual está obligado por la naturaleza del pacto á hacer lo que prometió. V. Tomasio. *diss. alleg.*

mismo son de dificil prueba, el estipulante puede si no se cumple el hecho exigir su importe.

838. El emperador Leon abolió las palabras solemnes, *l.* 10. *C. de contr. stipul.* §. 1. *Inst. e. t.;* pero no la congruencia entre la pregunta y la respuesta, y por consiguiente, ni la diferencia entre los pactos y estipulaciones.

»Nuestras leyes de Partidas adoptaron las mismas disposiciones que »las romanas acerca de la estipulacion; pero una ley del Ordenamien»to de Alcalá inserta en la *Nov. Recop. es la ley* 1. *tit.* 1. *lib.* 10.*;* »quitó la diferencia entre pactos, promesas y estipulaciones, y esta»bleciendo que se derivasen semejantes obligaciones y tomasen su fuer»za del consentimiento de las partes, prescribió que quedase siempre »obligado á cumplir lo que prometió cualquiera que parezca que »quiso obligarse, de cualquier modo que fuese.»

TITULO XVII.

De los reos de estipular y prometer (coestipulantes y copromitentes).

839. No solamente estipula uno, sino que tambien estipulan ó prometen muchos juntos alguna cosa. En tales casos comunmente vale la regla: cuando dos ó mas personas prometen ó se obligan, cada una queda obligada á prorata ó en parte; y si se promete á dos ó mas, á cada una se le debe á prorata, *l.* 11. §. 1. 2. *D. e. t.*

840. Pero esta regla no carece de escepciones, porque si los que prometen son copromitentes (*rei promittendi*), la obligacion no se divide entre ellos, sino que cada uno está obligado *in solidum.* Por el contrario, si los que han estipulado son coestipulantes (*rei stipulandi*), á cada uno se debe *in solidum*, §. 1. *Inst. l.* 2. *l.* 3. §. 1. *D. e. t.*

841. Se llaman *rei,* hablando en sentido estricto, aquellos de quienes se pide, y en sentido lato, aquellos de cuya cosa se disputa, Cic. *de Orat. lib.* 2. *cap.* 43. *y* 79. Festo en la palabra *reus.* Asi Pomponio, en la *l.* 5. *pr. v. conventionales*, *D. de verb. oblig.*, comprende al actor y al reo bajo la palabra comun *reus*, y por esta razon los jurisconsultos dan este nombre á los promisores y estipulantes.

842. Son pues copromitentes (*rei promittendi*) los que, preguntados por alguno en una misma oracion, responden acordemente, y prometen dar ó hacer una misma cosa, de suerte que cada uno quede obligado por el todo, *pr. Inst. l.* 1. *l.* 2. *l.* 3. §. 1. *l.* 4. *D. e. t.* Un ejem-

---

840. *Obligado*) De suerte que cada uno de los reos de estipular puede exigir el todo, y cada uno de los reos de prometer está obligado y puede ser reconvenido por el todo; si uno de estos verifica el pago, ó si lo obtiene uno de aquellos, espira la obligacion.

842. *Responden*) Poco importa que prometan junta ó separadamente, *L.* 3. *pr. D. e. t.*

*

plo se encuentra en Plauto, *Trin. act.* 5. *escen.* 2. *vers.* 39.: Lysiteles pregunta á Callicles: ¿me prometes dar á tu hija por esposa con esta dote? Callicles responde: prometo: y Charmides añade, y yo tambien prometo lo mismo. Por tanto Callicles y Charmides eran dos copromitentes, á lo menos en cuanto á la dote.

843. Son coestipulantes (*rei stipulandi*), aquellos que por separado estipulan *in solidum* una misma cosa contra una misma persona, esto es, aquellos á quienes se promete á un tiempo una misma cosa, de suerte que el promitente se obligue á cada uno por el todo, y no mas que por un todo, §. 1. *Inst. l.* 1. D. *e. t.*, v. gr.; si Ticio preguntase á Sempronio: ¿me prometes dar mil Philipos? y Mevio preguntara al mismo Sempronio: ¿me prometes dar mil Philipos? y Sempronio respondiese: prometo darlos á cada uno de vosotros; Ticio y Mevio serian dos coestipulantes, *pr. Inst. e. t.*

844. »Por nuestras leyes se llaman co-reos de prometer los que »prometen una misma cosa *in solidum* á uno ó á muchos, y co-reos »de estipular aquellos á quienes se promete una misma cosa *in solidum*. Nuestro derecho no exige pues solemnidad de pregunta y res»puesta. Por la ley 10. *tit.* 12. *Part.* 5., los que se obligaban *in solidum* á dar ó hacer alguna cosa no podian ser reconvenidos sino cada »uno respecto de su parte, escepto en caso de ausencia ó insolvencia del »otro; pero segun la *ley* 10. *tit.* 1. *lib.* 10. *Nov. Recop.*, cuando dos »se obligaron espresamente *in solidum*, se entiende que cada uno se »obligó á pagar el todo, sin que gocen del beneficio de division.»

845. Estando los copromitentes obligados *in solidum*, se sigue: 1.° que cada uno de ellos pueda ser reconvenido *in solidum*, §. 1. *Inst. l.* 3. §. 1. *D. e. t.*; 2.° que pagando uno de ellos al acreedor, de cualquier modo que sea, se estingue la obligacion, *l.* 2. 3. §. 1. *D. e. t. l.* 20. D. *ad SC. Vellej. l.* 16. *pr. D. de acceptilat.*; 3.° que no

---

Por derecho novísimo) Esto es, si se consulta el testo griego, del cual discrepa notablemente la version latina. Pues como esta se halla recibida en el foro, no hay duda que este error constituye derecho. (Asi Heinecio.) Sin embargo Hombergk á esta Nov. advierte que las palabras griegas citadas se usan por los griegos modernos para denotar los co-reos de prometer, como observa Ever. Otton. al §. 1. *Inst. e. t.*

843. *A cada uno de vosotros*) El promitente responde en una sola contestacion á todos; pues si respondiese sucesivamente, primero á Ticio, y despues á Meotro, cada contestacion completaria á favor de cada estipulante una obligacion distinta de la precedente ó siguiente; el promitente entonces habria contraido muchas deudas, y para cada deuda tendria un acreedor, un estipulante particular, de suerte que no existirian *duo rei stipulandi*.

Al fin) Asi es, que los co-reos, ó la obligacion correal se constituia por derecho romano por medio de la estipulacion, es decir, por pregunta y respuesta congrua. Asi pues, cuando dos personas respondian á la pregunta de otra se constituian *rei promitendi*, copromitentes; cuando una persona respondia á las preguntas de dos ó mas, se constituian estas *rei stipulandi*, coestipulantes.

845. *Ser reconvenido*) De suerte que tiene el estipulante la opcion de reconvenir al uno ó al otro, y tambien puede pedir á cada uno la mitad, *L.* 11. *D. e. t.*

gocen del beneficio de division ni aun por derecho novísimo, escepto en el caso que sean co-reos, esto es, que se hayan obligado con fianza recíproca, *Nov.* 99. *cap.* 1.

(*) Por tanto, esta novela solamente deroga la ley 11. *pr. D. e. t.*, en donde Papiniano niega que el beneficio de division competa á los co-reos de prometer que son mútuamente fiadores. Pero los doctores, segun su costumbre, estendieron esta novela á todos los co-reos de prometer; y asi casi prevalece este error en el foro, fundándolo en la *Auth. Hoc ita*, *C. e. t.*, aunque muy diversa de su autoridad.

846. Debiéndose la cosa *in solidum* á cada uno de los coestipulantes, se sigue: 4.° que cada uno pueda exigirla *in solidum;* 5.° que si á uno se ha satisfecho de cualquier modo que sea, se estingue el derecho de los demas, *l.* 2. *D. e. t. l.* 31. §. 1. *D. de novat.*

847. Finalmente, celebrándose este negocio entre el estipulante y el promitente, mas no entre los co-reos, y no pasando la obligacion de las personas, se debe inferir; 6.° que si uno de los copromitentes paga, no tiene accion contra el otro, *l.* 36. *D. de fidejuss.*, á no ser que tengan comunion de bienes, ó el acreedor ceda sus derechos al que pagó. Que el coestipulante á quien se ha pagado no está obligado á dar parte alguna al otro, á no ser que sean socios ó asi lo hubieren convenido, *l.* 62. *pr.* D. *ad leg. Falc.*

TITULO XVIII.

De las estipulaciones de los siervos.

848. El siervo ni es persona ni adquiere nada para sí, sino para su señor. Por tanto, cuando estipula todo lo adquiere para este, porque de su persona es de quien recibe el derecho de estipular, *pr. Inst. e. t.* *L.* 1. *pr.* D. *de stipulat. servor.*

849. De lo que se sigue: 1.° que cuando estipula adquiere para el dueño, sea que estipule para sí, para el amo, para el consiervo, ó sin determinar persona, §. 1. *Inst. l.* 1. *pr. l.* 15. D. *e. t.;* 2.° que el siervo comun adquiera para cada amo á prorata de la parte de dominio que cada uno tenga en él, á no ser que haya estipulado por mandato de

---

847. *De las personas*) Esto es, nadie puede ser reconvenido por la estipulacion sino aquellos entre quienes se hizo, y como no intervenga estipulacion ninguna entre los co-reos, no tienen accion el uno contra el otro, á no haber motivo para lo contrario, y se presume que lo hay siempre que ambos contrajeron la obligacion por título oneroso.

Ceda) Pues cumplió su obligacion y no la agena, y si él lo pagó todo, fue porque lo debia todo. Sin embargo puede sostenerse que se hizo cesion de acciones *ipso jure*, porque en cierto modo puede decirse que las compró el que pagó todo lo que debia por causa onerosa, *L.* 36. *D. de fidejuss. et mandat.* Heinecio dice en sus instituciones que el co-reo que pagó puede implorar al juez que le abone el otro su parte, por equidad para que no se enriquezca con perjuicio de otro.

uno, ó espresamente para uno, §. 3. *Inst. l.* 5. 7. D. *e. t. l. ult. C. per quas pers. cuiq. adquir.* Que cuando estipula el siervo hereditario adquiera para la herencia, la cual representa antes de la adicion la persona del difunto, *pr. Inst. e. t. l.* 35. D. *e. t.*

850. Mas debiendo entenderse esto de las adquisiciones, infirieron los antiguos, que si el siervo estipulaba un hecho, v. gr.: que le sea permitido ir ó hacer, no le es lícito al amo usar de este derecho, §. 2. *Inst. e. t. l.* 38. §. 6. D. *de verb. oblig.*

851. «No teniendo ya lugar la servidumbre por nuestras leyes, »queda sin aplicacion todo este título.»

TITULO XIX.

De la division de las estipulaciones.

852. Atendiendo á las personas que estipulan ó que mandan estipular, las estipulaciones se dividen en pretorias, judiciales, comunes y convencionales, *pr. Inst. e. t.*

853. Pretorias son las estipulaciones ó cauciones que nacen del oficio del pretor, á las que tambien se refieren las edilicias, §. 2. *Inst. e. t.*; judiciales son las que se derivan del mero oficio del juez; comunes las que de uno y otro (*), §. 2. 4. *Inst. e. t.*, y convencionales las que de la convencion de ambas partes, §. 3. *Inst. lug. cit.*

(*) En Roma se distinguia el oficio de pretor y el del juez. El pretor era magistrado, el juez un particular. Se decia que aquel pronunciaba sentencia, y que este juzgaba: aquel lo hacia *pro tribunali*, este de plano, por lo que tambien se llamaba juez pedáneo: aquel conocia acerca del derecho, *de jure*, y por lo mismo oia la accion, escepcion, réplica, &c., y contestado el pleito nombraba jueces: este conocia acerca del hecho, *de facto*, y daba sentencia segun la fórmula prescripta por el pretor. Si este no nombraba juez, sino que él mismo conocia de todo el negocio, entonces juzgaba estraordinariamente.

854. Pretoria era, v. gr., la caucion del daño futuro, *damni in-*

---

849. *Representa*) Acostumbra á oponerse aqui la *ley* 16. *e. t.*, donde se dice, que no es válida la estipulacion del siervo hereditario, pero adviértase que en ella se dice ser inválida si estipula espresamente para el heredero futuro, y se añade la razon, porque al tiempo de la estipulacion el heredero no es su señor; cuyo caso es diverso del de que aqui se trata.

850. *Un hecho*) La razon de diferencia es muy clara. El siervo como no era persona, nada podia tener propio; pero podia permitir y ejercer actos, y por consiguiente adquirir para sí todas las estipulaciones que consistiesen en hechos. *

852. *Al fin*) Las tres primeras clases de estipulaciones necesitan de autoridad pública, y se interponen por mandato de personas públicas; la última especie es privada. Por lo que las primeras se llaman cauciones ó satisdaciones. *

853. *Edilicias*) Son edilicias aquellas por las que el vendedor respondia acerca de las enfermedades y vicios de las cosas que se vendian, lo cual era de cargo del edil, v. gr. por las que se aseguraba que la cosa no tenia enfermedad ninguna, que el siervo era sano, libre de la *noxa*, hombre de bien, y no fugitivo. El derecho edilicio solia comprenderse en el pretorio.

Al fin) La *ley* 5. §. 9. *D. de verb. oblig.*, añade las caucionales que tenian lugar de acciones. *

fecti, por la cual mandaba el pretor al dueño ó al que en su nombre tenia el dominio de casas viciosas, v. gr., que estan para arruinarse, que prometiese ó diese fianza al vecino á quien amenaza el daño, de que lo resarcirá si aconteciere dentro de cierto tiempo, *l.* 13. *pr.* §. *sig. D. de damn. inf.* Si rehusaba afianzar se mandaba que fuese puesto el demandante en posesion del edificio, por primero y segundo decreto, *l.* 15. §. 16. 20. *D. de dam. inf. l.* 3. §. *ult.* D. *de adquirend. possess.*

855. De la misma especie es la caucion para cumplir los legados, por la cual manda el pretor que el heredero ó el legatario que debe el legado á cierto tiempo, ó condicionalmente, preste caucion de entregarlo cuando viniese el dia ó se cumpliese la condicion, *l.* 1. *D. ut legat. serv. caus.*

856. Judicial es la caucion de dolo, por la cual se manda al que ha sido condenado por el juez á restituir una cosa, que preste caucion de que la restituirá sin fraude, con todos sus frutos y emolumentos, *l.* 21. *l.* 45. D. *de rei vind. l.* 9. §. 5. 7. *D. quod met. caus.*

857. Es tambien judicial la caucion de perseguir al siervo prófugo, y suele exigirse de aquel que quita por fuerza un hombre á otro, y dice que se ha fugado cuando se le manda que lo restituya, *l.* 14. § 11. *D. quod met. caus.*

858. De igual naturaleza es la caucion de restituir el precio, cuando prometiendo uno de los coherederos dar la cosa *in solidum*, se manda que los demas coherederos le indemnicen, *l.* 25. §. 10. *D. fam. ercisc.*

859. Comunes son las cauciones de conservar los bienes del pupilo, y la caucion de rato que se manda prestar al procurador de cuyo mandato se duda, *l.* 1. *C. de procurat.*

---

854. *Si aconteciese*) Pero no se presta por un daño casual, v. gr., el que acontece por una tempestad, sino el que acaece por vicio y por ruina del edificio, *L.* 34. *pr. D. e. t.* Si el vecino no hiciera que se le presentase esta caucion, el dueño del edificio no estará obligado á mas que á sacar los escombros, y aun de esto puede librarse abandonándolos. *

Por segundo) Si dado el primer decreto, no se da la fianza en el tiempo que marcó el pretor, por el segundo decreto se pone al demandante en posesion del edificio, de suerte que introducido en la casa puede espeler al dueño, si bien no adquirirá el dominio sino por medio de usucapion, *L.* 15. §. 16. *D. L.* 44. §. 1. *D. de damn. inf.* Segun dice el Autor en las Recitaciones, se vende la casa y se da su precio al dueño.

855. *Cuando viniere el dia*) Esta caucion no la presta el fisco, ni el padre con respecto á los hijos, ni el dueño con respecto á los siervos, *l.* 1. §. 18. *l.* 7. *D. ut. legat. serv. causs.*, ni el heredero que se halla dispuesto á litigar ó á probar que nada debia al legatario.

856. *A restituir*) En el juicio real ó *quod metus causa*, por causa de miedo.
La restituirá) Si hubiere temor de que la dilapidase se puede decretar que se ponga en secuestro, como se dijo en el §. 812. **

858. *Se indemnicen*) Esta caucion es propiamente la de eviccion que debe el coheredero al coheredero, aun cuando no se hubiese estipulado especialmente. *

859. *Caucion de rato*) Cuyo efecto consiste en poder pedir los daños y per-

860. De las convencionales casi hay tantas especies cuántas son las cosas sobre que se puede contratar, §. 3. *Inst. e. t.*, pues casi no habia ningun contrato á que no pudiera añadirse estipulacion, Séneca *de benef. lib.* 3. *cap.* 16. *l.* 71. *D. pro soc. l.* 88. D. *de solut.* Cujac. *ad l.* 17. *D. de verb. oblig.*

»Por nuestro derecho, no existiendo la autoridad pretoria, ninguna caucion se denomina asi; tampoco se requiere para su prestacion la estipulacion.»

TITULO XX.

De las estipulaciones inútiles.

862. Las estipulaciones son inútiles algunas veces, ó por razon de las personas que contratan, ó por razon de las cosas sobre que recae la estipulacion, ó por razon de la forma de esta.

863. Con respecto á las personas que contratan, siendo la estipulacion un contrato, el contrato una convencion, y la convencion el consentimiento de dos ó mas personas en una misma cosa, se sigue, que son inútiles las estipulaciones de los infantes, de los furiosos y mentecatos, de los sordos y mudos, §. 6. 7. 8. 9. 10. *Inst. e. t.*, y que los pródigos y los pupilos mayores de la infancia pueden estipular para sí, pero no prometer ni obligarse (*) sin autoridad del tutor, §. 9. *Inst. e. t. l.* 9. D. *de verb. oblig.*

(*) El pupilo se obliga naturalmente, *l.* 21. *D. ad leg. Falc. l.* 1. *D. de novat.*, pero como esta obligacion no produce efecto, ni se sostiene por las leyes civiles, se dice algunas veces que no se obliga ni aun naturalmente, *l.* 41. *D. de condict. indeb. l.* 59. *D. de oblig. et act.* Las locuciones no existir y no producir efecto se tie-

---

juicios causados si el dueño no aprueba lo que hizo el procurador, *l.* 18. *y sig. D. rem. rat. haber.*

860. *Convencionales)* Diferéncianse estas de las pretorias en que pueden consistir en una simple promesa, en prendas ó en un juramento, cuando aquellas siempre requieren fiadores, *l.* 7. *D. de prætor. stipul.* ✱

La estipulacion) No porque no valga sin la estipulacion, sino por dar en cierto modo mas fuerza á la obligacion.

862. *Estipulaciones)* Todo lo que aqui se espone debe entenderse tambien de casi todos los contratos y obligaciones, escepto lo que es peculiar á la naturaleza de la estipulacion.

Inútiles) De suerte que no proviene de ellas ni obligacion ni accion, ni se debe objeto ni estimacion alguna, ni pena convencional, *l.* 103. *D. de verb. oblig.*, *l.* 69. *D. e. t.* ✱

863. *De los sordos y mudos)* Aunque solo tengan uno de estos defectos, *l.* 1. *D. de verb. oblig*

Estipular para sí) Opónese la *ley* 40. *D. de reg. jur.* por la cual aparece que los furiosos y pródigos no tienen voluntad, lo que es cierto cuando se trata de obligarse, pero no cuando de contraer estipulaciones en que hacen mejor su condicion. Winembach. *Comm. al tit. de reg. jur. l.* 40. ✱

No producen efecto) Esto es con respecto al pupilo, pero no acerca de los demas. V. el §. 769. ✱



nen en derecho por sinónimas. Por tanto, el pupilo nunca se obliga civilmente, *l.* 43. *D. de oblig. et act.*, á no ser que la obligacion proceda del hecho mismo, *l.* 46. *D. lug. cit.*, como de delito, *pr. Inst. de oblig. ex del.*, y tambien de contrato y cuasi contrato, cuando el pupilo se ha hecho mas rico, *l.* 14. *D. de condit. indeb.* El menor, cuyos bienes, pero no cuya persona, estan primariamente sujetos al curador, se obliga civilmente, *l.* 101. *D. de verb. oblig. l.* 43. *D. de oblig. et act.*; pero tiene el beneficio de restitucion *in integrum.* En el foro se dice hoy que de los contratos del menor solamente nace obligacion natural. Esta materia es digna de verse en Ulr. Huber. *Præl. ad Inst. e. t.* §. 2. *sig.*

864. Siendo la estipulacion el consentimiento de dos ó mas (773.) se sigue, que no valga la estipulacion entre el padre y el hijo, ni entre el amo y el esclavo, porque se consideran como una sola persona, §. 6. *Inst. e. t.*

865. No pudiendo estipular nadie para otro á no ser que interese al estipulante, se infiere que ni aun el padre puede estipular para el hijo, §. 4. *Inst. e. t.*, á menos que este sea su heredero, *l.* 17. §. 4. D. *de pact. l.* 33. D. *lug. cit.* Por tanto, si alguno estipulare para sí y para un amigo, la obligacion solamente vale de parte del estipulante, §. 4. *Inst. lug. cit.* Por el contrario, si alguno estipula que se dé á él ó á su amigo, adquiere para sí toda la obligacion, bien que puede pagarse al amigo aun contra la voluntad del estipulador, §. 4. *Inst. e. t. l.* 31. *pr. l.* 57. §. 1. *D. de solut.*

866. Del mismo principio se sigue, que los contutores pueden estipular con el tutor que conserve salvos los bienes del pupilo. Tambien valen otras estipulaciones semejantes, cuando interesan al estipulante, §. 19. *Inst. e. t.*

867. Obligándose una persona por medio de la estipulacion á dar ó hacer alguna cosa, son inútiles por razon de la materia las estipulaciones que recaen sobre las cosas que no estan en el comercio, §. 2.

---

864. *Como una persona)* Se esceptua el peculio castrense y cuasi castrense, en que el hijo se tiene por padre de familias. ✪

865. *Para el hijo)* Esto es, para el hijo emancipado, pues estando en su potestad, constituye una persona juntamente con el padre, y es lo mismo que si estipulase para sí propio. ✪ Por la misma razon no podrá estipular el padre para el hijo por causa del peculio castrense ó cuasi, ni tampoco un hecho en favor de la persona del hijo, como que se le permita ir á tal parte ó hacer tal cosa, *L.* 39. *L.* 103. *D. de verb. oblig.*

A menos que sea heredero) Esta estipulacion aunque es útil al estipulante (si el hijo estuviese en su potestad) no aprovecha al hijo, porque este nada adquiere viviendo el padre. Pero aprovecha al hijo heredero, porque sucede en todos los derechos del difunto. ✪

Pagarse) En cuyo caso tiene el estipulante accion de mandato contra aquel á quien se pagó.

866. *Salvos)* Pues interesa en gran manera á los contutores que se conserven salvos los bienes del pupilo, porque de lo contrario estan obligados á la indemnizacion como tutores honorarios. De suerte, que propiamente no estipulan para otro, sino para sí. ✪

867. *En el comercio)* Esto es, las que estan fuera del comercio absolutamente, v. gr. los templos y cosas sagradas; pues acerca de las que lo estan con respecto á ciertas personas, basta que esten en el comercio del estipulante. Asi es que un

Inst. e. t., sobre las que no existen ni pueden existir, §. 1. *Inst. e. t.*, porque si no existen, pero pueden existir, v. gr., los frutos futuros, la estipulacion es válida, *l.* 73. *D. de verb. oblig.* Son tambien inútiles las que se hacen sobre cosas propias, §. 2. *Inst. e. t.*, ó sobre agenas para el caso en que sean nuestras, §. 22. *Inst. e. t.*, y sobre las cosas torpes que no pueden hacerse legalmente, §. 24. *Inst. e. t. l.* 26. D. *de verb. oblig. l.* 7. §. 3. *D. de pact.*

868. Como no podemos obligar á otro con nuestra promesa, en vano se promete que otro dará ó hará alguna cosa, §. 3. *Inst. e. t.* Pero si alguno dice que él hará que otro dé ó haga cierta cosa, ó prometiese pagar una multa ó indemnizacion en el caso que el otro no diera ó hiciere, la promesa será útil, porque con esta estipulacion no obliga á otro, sino á sí mismo, *l.* 38. §. 21. *D. de verb. oblig.*

869. Son inútiles por razon de la forma ó modo de contraerse, v. gr.: si el promisor y el estipulador no convienen en la misma cosa, §. 23. *Inst. e. t.* Si se comete error, no en el nombre sino en la persona de otro, como si habiendo de prometer á Ticio, se promete á Cayo, *Arg. l.* 9. *pr. D. de hæred. instit.* Si se pone condicion imposible, §. 11. *Inst. e. t. l.* 31. D. *de oblig et act.* Si la estipulacion es perpleja, *Arg. l.* 16. *D. de cond. inst.*, mas no si es prepóstera (*), §. 13. *Inst. e. t. l.* 64. D. *de verb. oblig.* Finalmente, si falta la causa de deber, *l.* 2. §. 3. D. *de dol. et met. exc.*

(*) Llámanse estipulaciones perplejas las que se hacen de tal manera que no pueden tener efecto, v. gr.: Si dieres á Ticio todo el fundo Tusculano, ¿prometes dar el mismo á Mevio? Esta perplejidad vicia tambien la institucion de heredero. Son prepósteras aquellas en que se promete para lo presente, y sin embargo se añade dia futuro y condicion, v. gr.: si la nave llegare mañana de Asia, ¿prometes dar hoy? En estas se obliga el promisor, §. 14. *Inst. e. t.*, sucediendo lo mismo en las últimas voluntades, *l.* 25. *C. de testam.*

870. Consistiendo la forma esterior de la estipulacion en la con-

---

cristiano puede estipular para sí un esclavo cristiano, mas no puede hacer igual estipulacion un judio, porque un esclavo cristiano no puede pertenecer á un dueño judio. V. Sit. C. *ne crist. mancip hæret. vel jud. pag. hab.* ✠

Propias) Aunque dejen de serlo, §. 2. *Inst. e. t.*, pues como enseña Cujacio en la *ley* 2. §. 16. *D. de veb. oblig.*, la regla catoniana tiene tambien lugar en las estipulaciones.

Que no pueden hacerse) Se presume que no podemos hacer todo aquello que es contrario á la piedad, á nuestra estimacion y decoro, y en una palabra, lo que es contra las buenas costumbres, como dice elegantemente Papiniano, *L.* 15. *D. de condit. intest.* ✠

868. *En vano*) En efecto, no quedará obligado el promitente porque él no se obligó, ni el tercero, porque nadie puede obligarse por medio de otro.

Que él hará) Pues entonces, nada ageno prometió, sino su propia diligencia, la cual empleada, queda libre, á no ser que prometiese la indemnizacion, en cuyo caso está obligado á resarcir todos los daños causados. ✠

869. *Si falta*) Por ejemplo, si alguno prometió, no por donacion, sino por alguna causa que no constase, ó por causa injusta, pues entonces la estipulacion aunque vale por riguroso derecho, pierde su fuerza por la escepcion de dolo, comun á todos los contratos, *L.* 2. §. 3. *D. de dol. et met. escept.*

gruencia de la pregunta y la respuesta, se infiere, que sea inútil la estipulacion si se responde una cosa distinta de la que se pregunta, v. gr.: si se pregunta puramente, y se responde bajo de condicion, §. 5. *Inst. e. t.* Asi pues, cuando Lysiteles preguntó (Plaut. *Trinum. act.* 5. *escen.* 2. *v.* 34.), ¿me prometes dar á tu hija por esposa? y Charmides respondió: prometo, y mil Philipos en dote, la estipulacion fue inútil, y por esto aquel estipuló de nuevo poco despues. Si aunque las cosas sean divisibles recae sobre ellas la estipulacion, esta es válida, §. 28. *Inst. e. t. l.* 1. §. 4. *l.* 83. §. 3. *D. de verb. oblig.*

871. Del mismo principio se deduce, que la estipulacion de los ausentes es inútil, §. 12. *Inst. e. t.* Que la estipulacion no se haga por cartas ó por procurador; pero si constase por escritura que se hizo solemnemente y segun derecho, la presuncion de la verdad y de lo solemnidad está en favor de la escritura, §. 12. *y* 17. *Inst. e. t. l.* 14. *C. de contrah. vel committ. stipulat.*

« Por nuestras leyes, no teniéndose consideracion á otra cosa que á » la voluntad de obligarse, valdrá la promesa aunque sea en favor de » otros ó entre ausentes, y aunque se responda por mayor ó menor » cantidad que se pide, con tal que no haya ambigüedad de palabras, » y que aparezca la voluntad de obligarse. »

TITULO XXI.

De los fiadores.

872. Otorgándose la fianza por medio de estipulacion, §. 1. *Inst. de verb. oblig.*, se sigue tratar á continuacion de esta, de la fianza, la cual es un negocio grave, verdaderamente viril y civil; *l.* 1. §. 1. *l.* 2. §. 1. D. *ad SC. Vellejan.*

---

870. *Recae)* Cuando se prometió mas de lo que se pidió, valdrá la estipulacion en cuanto á la suma concurrente? ¿v. gr., si se pidieron ciento y se prometieron cincuenta? Si valdrá, si el promitente declarase su consentimiento nuevamente, porque podria suceder que no consintiese en la deuda de los cincuenta. ✱ Apesar de esta opinion de Heinecio valdrá la estipulacion aunque no esprese de nuevo el consentimiento, con tal que no disienta manifiestamente, porque naturalmente se comprende una suma menor en otra mayor, y lo que es útil y válido no se vicia por lo inútil é inválido, á no ser que la estipulacion se uniese á un contrato oneroso, *L.* 1. §. 4. *D. de. verb. oblig.* Vin. *al* §. 5. *Inst. e. t. n.* 7. J. Voet. *á las Pandect. tit. de verb. oblig. n.* 7. En el caso inverso, esto es, cuando se prometió menos de lo que se pidió, declara Justiniano, adoptando el parecer de Cayo, que la estipulacion es inútil, no obstante lo que dice Vin. en este *tit. n.* 7. V. *la Inst. e. t.* §. 5.

871. *Y de solemnidad)* Lo cual debe observarse con respecto á los testamentos y demas instrumentos, hasta que se pruebe lo contrario. Asi es, que si en el testamento se dice que han sido rogados los testigos, se ha de creer que lo fueron mientras no se pruebe lo contrario. ✱

872. *De estipulacion)* Escepto en un caso, si alguno salia fianza por el tutor, pues se tenia por fiador aunque no interviniese estipulacion, con tal que nombrase un testigo idóneo, en cuyo caso se llamaba *nominator. L.* 1. *C. de potior. admun. nomin.* ✱

*

873. Fiador es el que mediante estipulacion y sin novacion se hace responsable de una obligacion agena. Si no lo hace por medio de estipulacion, sino por medio de pacto, entonces no contrae fianza, sino el pacto de *constituta penunia*, *l.* 1. §. 4. *l.* 11. §. 1. D. *de constit. pecun.*, y si anticipa la obligacion principal, entonces constituye mandato, *l.* 12. §. 14. D. *mand.* El que se compromete á responder por la obligacion de otro, en términos que este quede libre, se llama espromisor, *l. ult.* D. *ad SC. Maced.* §. 3. *Inst. quib. mod. toll. obl.*

874. De aqui nacen los axiomas: 1.° la fianza es estipulacion, *l.* 12. *C. de fijeduss.*; 2.° la fianza es un negocio viril y civil; 3.° la fianza es contrato accesorio, *l.* 3. D. *de fidejuss.* 4.° el fiador se obligaba antiguamente como co-reo, y hoy se obliga en subsidio (*) si usa del beneficio de orden.

(*) Antiguamente se obligaba como co-reo, de suerte que el acreedor podia, omitiendo la reclamacion al deudor principal, reconvenir inmediatamente al fiador, *l.* 5. *C. de fidejuss. l.* 4. §. 1. *D. de fidejuss. l.* 20. *D. de condict. indeb.* Hoy puede tambien el acreedor hacer lo mismo si el fiador no usa del beneficio que le concede la ley; pero si se vale de él, entonces repele la accion del actor, quedando solamente obligado en subsidio.

875. Siendo la fianza una estipulacion, se sigue: 1.° que los que no pueden obligarse prometiendo, tampoco pueden ser fiadores, como los furiosos, los mentecatos, §. 8. *Inst. de inut. stipulat.*, los infantes y próximos á la infancia, §. 9. *Inst. lug. cit.*, los sordos y mudos, §. 7. *Inst. lug. cit.*, los pródigos, *l.* 6. D. *de verb. oblig.*, los pupilos y menores sin la autoridad del tutor ó el consentimiento del curador, §. 9. *Inst. lug. cit. pr. Inst. de auct. tut.*

876. Siendo un negocio civil y viril, se sigue, que las mugeres no pueden ser fiadoras ni obligarse (*intercedere*) por los estraños segun el senadoconsulto Veleyano, ni por sus maridos segun la *Nov.* 134. *cap.* 8. *Auth. Si qua mulier, C. ad SC. Vellejan.* Que tampoco puedan serlo los militares, *l.* 8. §. 1. D. *qui satisdar. cog.*, ni los clérigos por los seglares, *Nov.* 123. *cap.* 6.

---

873. *Mediante estipulacion)* La cual se llama con respecto al estipulante *satis aceptio*; y con respecto al promitente *satisdatio*, V. Alciat. *Parerg. lib.* 1. *cap.* 2.

876. *Por el senadoconsulto Veleyano)* Pero no tiene lugar este beneficio si la muger salió fiadora por causa propia, ó por causa de libertad, v. gr. fiando á un esclavo por el precio de su rescate, ó si procediese con dolo, ó renunciase este beneficio: si pasados dos años y siendo mayor de edad hubiese revalidado la fiaduria: si recibiese precio por ser fiadora, ó si afianzase una promesa dotal á favor de una muger con quien es lícito contraer matrimonio, *L.* 21. *pr.* 23, 30. *pr.* 21. *y siguientes*, *L. ult. C. ad SC. Velley.*

Intercedere) Esta palabra no significa solamente salir por fiador; significa tambien obligarse por medio de prendas, por título de mandato, de espromision, y de cualquier otro modo de obligarse una persona ó de gravar sus bienes por el interes de un tercero. *(Nota del Trad.)*

877. Siendo la fianza un contrato accesorio, puede otorgarse en todas las obligaciones nacidas de cualquier contrato (*), §. 1. *Inst. l.* 1. *l.* 8. §. 1. *l.* 16. §. 3. D. *e. t.*, y aun en las naturales que no estan enteramente destituidas de efecto, *l.* 6. §. 2. *l.* 7. *l.* 16. §. 3. D. *lug. cit. l.* 6. D. *de verb. oblig.;* como tambien en las que nacen de delito, si se han de castigar con pena pecuniaria, mas no si con pena corporal, *l.* 8. §. 5. *l.* 56. §. *ult. l.* 70. §. *ult.* D. *e. t. l.* 26. *D. l.* 22. *C. de pœn.*

(*) Es singular que el marido aun cuando quiera no pueda dar fiador acerca de la restitucion de la dote, y si lo diere, el fiador no queda obligado, *l.* 2. *C. de fidejuss. dot. dent.*; sin embargo, se reciben las prendas dadas en nombre de la dote por el marido, *l.* 7. §. 6. *D. de donat. int. vir. et uxor.*

878. Del mismo axioma se deduce, que el fiador puede obligarse mas que el deudor principal, pero no en mas ó en causa mas grave, §. 5. *Inst. e. t.*, ni tampoco en cosa diferente, *l.* 43. D. *lug. cit.* Que estinguida la obligacion principal, y siguiéndose confusion ó consolidacion, la fianza tambien se acaba, *pr. Inst. quib. mod. toll. oblig. l.* 93. §. 2. 3. D. *de solut.*

879. Estando el fiador obligado en subsidio, se sigue: 1.º que no pagando el reo principal, el fiador ó sus herederos estan obligados, *l.* 16. §. *ult.* D. *e. t.*; 2.º que si hay muchos fiadores, esten obligados *in solidum*, §. 4. *Inst. l.* 3. *C. e. t.;* 3.º que no pagando el reo, se dé contra los fiadores accion *ex stipulatu*; 4.º que si alguno fuere fiador, protestando serlo hasta cierto tiempo, pasado este, se liberta con la escepcion de pacto ó de dolo, *l.* 44. §. 1. D. *de oblig. et act.;* 5.º que si el acreedor fuere moroso en hacer la escusion de los bienes del deudor, cuando este tiene todavia con que pagar, la fianza tambien se estingue. (*) *Arg. l.* 41. *pr.* D. *e. t.*

(*) Sin embargo, es mas acertado provocar al acreedor moroso con la *l. si contendat*, 28. *de fidejuss.*, para que ó establezca su accion contra el deudor, ó para

---

877. * *Las prendas)* Esto es inútil por derecho nuevo, porque la muger tiene tácita hipoteca en los bienes del marido, *L. un.* §. 1. *C. de rei uxor. act.*

878. *Obligarse mas)* Como si saliese fiador de una obligacion natural no reprobada por las leyes, pues él se obliga civilmente; si el fiador de una deuda constituida por vale simple se obligase con prenda, con hipoteca &c. Esta idea la esponen los doctores con suma concision diciendo: el fiador puede obligarse mas intensamente, pero no mas estensamente.

Mas grave) De suerte que deba mas que el reo principal ó por razon de la cantidad, del tiempo, ó de la causa. En caso de obligarse en mayor cantidad que el deudor principal, será nula la fianza por el todo, ó solamente en la parte que escede á la obligacion principal? Cayo prefiere este último partido *(fr. 20 de fidej.)* Ulpiano al contrario *(fr. 8. sit. cit.)* se pronuncia por la nulidad absoluta; y sin embargo el mismo Ulpiano suministra á la opinion contraria argumentos que Vinio espone y combate con estension. *(§. 5. e. t.)* V. á Cujacio sobre Paulo *(fr. 11. y 12. de const. pecun.)*

Confusion) Esta se verifica siempre que el deudor instituye heredero al acreedor, ó al contrario. Entonces siendo uno mismo el deudor y el acreedor espira la obligacion, á no ser que el heredero adiese la herencia á beneficio de inventario, porque entonces cesa la confusion de los patrimonios. V. el §. 599. *

que proceda contra el fiador, y oiga que se le opone la escepcion de orden. Opuesta esta, el fiador queda libre, aunque el deudor principal no tenga con que pagar.

880. Del mismo principio nacen los beneficios concedidos á los fiadores, á saber: de division, de orden y de cesion de acciones.

881. Por el beneficio de *division* concedido por la constitucion del emperador Adriano puede el fiador, cuando es reconvenido *in solidum*, oponer la escepcion de que la obligacion se divida entre los confiadores, y que el acreedor pida de cada uno de ellos la parte respectiva, si es que tienen con que pagar, §. 4. *Inst. l.* 26. *l.* 51. §. 1. D. *e. t.*

882. Por tanto, la obligacion no se divide *ipso jure*, sino oponiendo la escepcion, *l.* 26. D. *e. t.*, y si se omite, estan obligados á pagar *in solidum*, sin poder reclamar la parte del confiador, §. 4. *Inst. l.* 26. *l.* 39. D. *e. t.*, á no ser que el acreedor haya cedido su derecho, *l.* 39. *D. l.* 11. C. *e. t.* Tampoco tiene lugar este beneficio si los confiadores no tienen con que pagar, *l.* 10. §. 1. *C. e. t.*, si no pueden ser reconvenidos cómodamente, ó si lo hubieren renunciado, *l. penult. C. de pact.*

883. El beneficio de *orden*, inventado por Justiniano, concede al fiador reconvenido por el acreedor el derecho de oponer esta escepcion para no ser compelido á pagar antes que se haga escusion en los bienes del deudor principal. *Nov.* 4. *cap.* 1.

884. De aqui es, que este beneficio no aprovecha: 1.° si es manifiesto que el deudor principal no tiene con que pagar; 2.° si este se oculta y no puede ser reconvenido, *Auth. Præsent. C. e. t. Nov.* 4. *cap.* 1.; 3.° si renuncia á este beneficio, *l. penult. C. de pact.*

885. El beneficio de *cesion de acciones* se concede al fiador que paga *in solidum*, para que antes que pague (*) obligue al acreedor á que le ceda las acciones que le competen contra los confiadores, para poder con ellas reclamar de estos lo que pagó por ellos, esto es, el esceso que pagó sobre la parte que á él le correspondia, *l.* 17. *l.* 36. *l.* 39. D. *l.* 2. *l.* 11. *l.* 14. *C. e. t.*

(*) Por estricto derecho debe hacerse la cesion antes que se pague, porque con la paga se estingue la obligacion y la accion, y por consiguiente esta no puede cederse, *l.* 67. *D. de solut. l.* 1. *C. de contrar. tut. jud.* Pero si la paga se hace con la condicion de que se cedan las acciones, la cesion puede hacerse despues de haber pagado, *l.* 76. *D. de solut.*, lo cual siempre debe presumirse segun juzga Paulo, *l.* 36. *D. e. t.*

886. El fiador comunmente necesita de la cesion de acciones, no para proceder contra el deudor principal (contra quien tiene recurso,

---

882. *Al fin)* Tampoco tiene lugar este beneficio si alguno salió fianza juntamente con una muger, *L.* 48. *D. e. t.*: si el un fiador es principal y el otro sustituto de este, *L.* 27. §. *fin. D. e. t.*

ó por la accion de mandato, si salió de fiador por el que lo sabia, ó por la accion *negotiorum gestorum*, si por el que lo ignoraba (*), §. 6. *Inst. e. t. l.* 4. *pr. pr.* D. *e. t.*), sino contra los confiadores, á quienes no tiene obligados por ningun hecho, supuesto que todo el contrato ha mediado entre el acreedor y los fiadores, y no entre los confiadores, *l.* 39. D. *e. t.*

(*) Sin embargo, algunas veces entabla necesaria ó útilmente las acciones cedidas contra el deudor principal. Necesariamente, si fiando por el invito y que lo prohibe es compelido á pagar, porque no hay derecho para proceder contra el que no está obligado á otro por ningun hecho, *l.* 40. *D. l. ult. C. de negot. gest.* Utilmente, si la acion del acreedor es mas pingüe, v. gr. hipotecaria, *l.* 13. *D. e. t.*

»Por nuestras leyes no pueden ser fiadores los militares, los obis-»pos, y los religiosos. Las mugeres no pueden serlo por causa de la »honestidad: tampoco pueden serlo los labradores sino entre personas »de su misma clase. *Ll.* 2. *tit.* 12. *Part.* 6. *y* 16. *tit.* 31. *lib.* 11. *Nov.* »*Recop.* Para que el fiador goce del beneficio de division no debe ha-»berse obligado *in solidum.*»

TITULO XXII.

De las obligaciones literales.

887. Asi como los contratos *reales* se perfeccionan con la entrega de la cosa, los *verbales* con la solemnidad de palabras, los *consensuales* con el solo consentimiento de las partes, asi tambien los *literales* se perfeccionan por medio de letras. (*)

(*) Los quirógrafos y los singrafos (*a*) suelen otorgarse en todos los contratos: aquellos en los unilaterales, estos en los bilaterales. Mas esto solamente se hace por via de prueba, *l.* 4. *D. de pign. l.* 4. *D. de fid. instrum.* Por tanto, en estos casos no nace obligacion ni accion de la escritura, sino solamente prueba de que entre el actor y el reo se ha celebrado otro contrato del cual nace obligacion y accion. Mas aqui se trata del quirógrafo singular, en virtud del cual no solamente nace prueba, sino tambien obligacion. Y por esto se llama obligacion literal. (*aa*)

(*a*) Llamóse quirógrafo comunmente entre los romanos el acto ó documento escrito por una persona, ó firmado de su puño y sellado con su anillo; y singrafo el acto signado por ambas partes, del que se quedaba una cópia cada una. (*Nota del Traductor.*)

(*aa*) Segun el manuscrito de Cayo ultimamente descubierto, los contratos perfeccionados por escrito se dividian en dos clases: *transcriptitium nomen* y *arcarium nomen.* El primero de estos contratos supone una obligacion nueva nacida de una convencion estrita preexistente, y que produce algun cambio, ya con respecto á la

---

887. *Se perfeccionan*) Este contrato se inventó por Justiniano. Antiguamente (dice en el §. *un. Inst. e. t.*) se contrataba en Roma *nominibus*, esto es, el deudor escribia su nombre y la suma que debia en los registros domésticos ó libro de caja del acreedor (*Kalendario*); el cual exhibido, y reconocido por el deudor, se condenaba á este á pagar la suma aunque nada hubiera recibido. V. Cayo 3. *Inst.* 128, *y sig.*; consúltese á Teófilo, *lib.* 3. *tit.* 21., pero con precaucion.

cosa dicha (*à re in personam*), ya solamente con respecto á la persona del acreedor (*à persona in personam*). El segundo, al contrario, es menos una nueva obligacion que una prueba en favor de una obligacion antigua contraida de viva voz. Tambien se habla en dicho manuscrito de los *singraphos* y de *chirografæ*, como formando obligaciones literales con respecto á los estrangeros. En cuanto á los *transcriptitia nomina* estaban reservados verdaderamente para solo los romanos. (*Nota del Traductor.*)

888. La *obligacion literal* es un contrato por el cual, el que confiesa en un vale ó quirógrafo que ha recibido cierta cantidad por causa de mútuo, y no lo ha retractado en el espacio de dos años, queda obligado en virtud del documento, y puede ser reconvenido al pago, aunque no haya recibido el dinero que se menciona, §. *un. Inst. e. t.*

890. Esta materia puede reducirse á los axiomas siguientes: 1.º el fundamento de esta obligacion es el documento no retractado dentro de dos años; 2.º tiene lugar cuando alguno confiesa que debe una cantidad en virtud de mútuo; 3.º pasados los dos años, el deudor se obliga por este documento, aunque no haya recibido dicha cantidad.

891. Del primer axioma se sigue: 1.º que el quirógrafo no produce accion eficaz antes de los dos años aunque tenga el acreedor antes de pasar este tiempo la accion *certi ex mutuo;* 2.º que si en virtud del quirógrafo se procede antes de los dos años, el reo tiene la escepcion de no haber recibido el dinero (*non numeratæ pecuniæ*), *l.* 5. *l.* 8. *l.* 14. *pr. C. de non num. pec.*, la que produce el efecto singular de tener el actor obligacion de hacer la prueba (*), *l.* 3. *l.* 10. *C. lug. cit.;* 3.º que si el deudor no quiere que nazca accion de su quirógrafo, puede reclamarlo dentro de los dos años, por la condicion sin causa, *l.* 7. *C. lug. cit.*, ó declarar por protesta ó querella interpuesta ante el magistrado, que no ha recibido el dinero, *l.* 8. *l.* 9. *l.* 14. §. 4. *C. lug. cit.* Entonces se perpetua la escepcion *non numeratæ pecuniæ.*

(*) Esta regla admite algunas escepciones. No aprovecha al reo esta escepcion: 1.º si despues de dos años ó en instrumento separado confiesa que ha recibido el dinero, *l. penult. C. de pact. l.* 4. *l.* 22. *C. ad SC. Vellej.*; 2.º si reconociere la obligacion espresa ó tácitamente, como lo haria pagando las usuras, *l.* 4. *C. non num. pec.;* 3.º si el heredero niega la deuda que el testador confesó deber en el testamento, *l.* 13. *C. lug. cit.*; 4.º si es un banquero el que procede contra el reo en virtud del quirógrafo, *Nov.* 136. *cap.* 5.

---

889. *En dos años*) Estos dos años principian á contarse desde que se escribió el vale, *L.* 14. *pr. C. de non num. pecun.*, pero si el que lo escribió fuese menor, se contarán desde que cumplió la mayor edad. *L. ult. C. in quib. caus. in integ. restit.*

De mútuo) Pero no por causa de los demas contratos, y mucho menos de los bilaterales, porque el deudor en el mútuo, viéndose apurado de la necesidad no repara en conceder al acreedor el vale de antemano, para inducirle á que le haga el préstamo, lo cual no tiene lugar cuando se da una cosa por otra ó por dinero. ☉

☉ *Un banquero*) No podrá quitarse esta escepcion renunciando á ella, porque fácilmente induciría el acreedor al deudor á que hiciera esta renuncia, asi como le indujo á darle el vale. ☉

891. Como la obligacion literal solamente existe cuando alguno confiesa que debe por causa de mútuo, se sigue; 4.° que este derecho no se estiende á otros contratos; y que ni en el depósito ni en otros actos puede antes de los dos años oponerse al quirógrafo la escepcion de no haber recibido el dinero, á no ser que el que la opone la pruebe manifiestamente, *l.* 5. 6. 8. *l.* 14. §. 1. *C. de non num. pec.*

892. Mucho menos pertenece este derecho á las cartas de pago, pues de ellas no nace obligacion, sino prueba de que se ha pagado el dinero. Si son públicas, ó si no se reclama contra ellas dentro de treinta dias, son superiores á toda escepcion, *l.* 14. §. 1. *y* §. 2. *C. de non num. pec.*

893. Por tanto, no pertenece á la obligacion literal la carta de pago dada al suegro por el yerno, en la cual este confiesa haber recibido la dote. Sin embargo, si el matrimonio se disuelve dentro de dos años, se concede dentro de uno la escepcion de dote no entregada; si se disuelve dentro de diez, se le concede dicha escepcion por el espacio de tres meses. Finalmente, si han pasado diez años, se acaba para siempre, *Auth. Quod locum, C. de dot. caut. non num.*; pero de semejante confesion ó carta de pago no nace obligacion de dar ó hacer.

894. Del tercer axioma, esto es, que el quirógrafo produce obligacion despues de dos años, aunque no se haya recibido el dinero, se sigue, que en virtud de este quirógrafo puede establecerse la *conditio ex chirographo*, §. *un. Inst. e. t.*, la cual se da al acreedor contra el que otorgó este documento, ó contra su heredero para que pague aquello que ha confesado en él haber recibido en calidad de mútuo. Que pasados los dos años, el reo opone inútilmente la escepcion de no habérsele entregado el dinero, aunque se comprometa á probarla, §. *un. Inst. e. t. l.* 14. *pr.* §. 3. *C. de non num. pec.* H. Pistor. *Part. IV. Quæst.* 12. *n.* 13.

»Nuestro derecho da al escrito de préstamo no retractado en dos »años la misma fuerza que el romano, si bien no se indica en el título, ni en la ley que esponen esta materia que se trate allí de un »contrato literal. *L.* 9. *tit.* 1. *Part.* 5.»

---

892. *Al fin*) Pues se presume que el que dió la carta de pago, la dió en la inteligencia y con la esperanza de que se le pagaria, mucho mas si aquel á quien pidió el dinero era amigo, ó persona de su respeto. La accion porque se repite la carta de pago dentro de treinta dias es la misma condicion *sin causa*. ✪

893. *Al fin*) Pues como el yerno debe alguna veneracion al suegro, se presume que aunque le dió el recibo de la dote, no quiso estrecharle á que le hiciese el pago. ✪

894. *De dos años*) El emperador Aurelio Diocleciano daba la escepcion por espacio de cinco años (*Frag. Cod. Hermog. tit.* 1.), pero Justiniano lo redujo á dos.

TITULO XXIII.

De las obligaciones consensuales.

895. Entre los contratos nominados hay unos que se llaman *consensuales*, no porque en ellos se requiere consentimiento, porque en este sentido todos son consensuales, sino porque se perfeccionan con solo el consentimiento, sin necesidad de entrega, palabras ni escritura para su esencia, §. *un. Inst. e. t.*

896. De aqui es: 1.° que todos son de buena fe, aunque no todos los de buena fe son consensuales; y 2.° que pueden celebrarse entre ausentes, por señas, y tácitamente, *l.* 52. §. *ult. D. de oblig. et act.*

897. Los contratos consensuales son cinco, á saber: compra venta, locacion conduccion, enfitéusis (al cual dió el emperador Zenon una naturaleza distinta de los demas, §. 3. *Inst. de loc. et cond.*), sociedad y mandato.

TITULO XXIV.

De la compra venta.

898. *Compra venta* es un contrato consensual por el que se entrega una cosa por cierto precio, *l. penult.* §. *ult. D. e. t.*

899. Por tanto, es de esencia de este contrato: 1.° el *consentimiento*, *pr. Inst. e. t.*; 2.° *la cosa* ó *mercaderia* sobre que se consiente, *l.* 8. *pr.* D. *contrah. empt.*; 3.° el *precio* en que ambas partes consienten, *l.* 73. *pr. D. de contrah. empt.*

900. Tomando este contrato su fuerza del consentimiento, se perfecciona desde que se conviene en el precio de la cosa, *pr. Inst. e. t. l.* 1. §. *ult. l.* 2. §. 1. *D. de contrah. empt.*, á no ser que los contrayentes convengan en celebrar la venta por escrito (*), pues entonces no

---

895. *Esencia*) Pues aunque los contratos consensuales, principalmente si consisten en cosas inmuebles, acostumbren á reducirse á escritura, esta no pertenece á la esencia del contrato, sino á su mas facil prueba, de suerte que la obligacion no nace de la escritura, sino del consentimiento. ✠

897. *Distinta*) Esto es, estableció por una constitucion que este contrato de enfitéusis no se refiriese en adelante ni á la compra venta, ni á la locucion conduccion, sino que se tuviese por un contrato singular. ✠

898. *Una cosa*) No se trata en la venta de transferir el dominio, porque este contrato queda perfecto aun cuando no se transfiera el dominio, como sucede cuando se hace la compra á uno que no es dueño. Merill. *Obs. lib.* 3. *cap.* 28.

899. *De esencia*) Suelen llamarse requisitos esenciales ó substanciales aquellos sin los cuales no puede subsistir el acto sin pasar á ser otra especie de contrato: llámanse naturales los que segun las leyes debe haber en cada contrato; pero por pacto de los contrayentes pueden mudarse sin perjuicio de la esencia del contrato; y accidentales aquellos, cuya inclusion no está mandada por las leyes, ni prohibida su esclusion. ✠

se perfecciona el contrato hasta que no se otorga la escritura, *pr. Inst. e. t. l.* 17. *C. de fid. instr.*

(*) Pero no se entienda que altera la sustancia del contrato, de suerte que se convierta en literal. La compra venta queda siendo contrato consensual, porque el fundamento de la obligacion no consiste en la escritura, sino en el consentimiento acerca de un mismo precio; mas se supone que no hay consentimiento sin que la escritura sea firmada, porque las partes suspenden hasta entonces el efecto del contrato. (887. *)

901. De lo que se sigue: 1.º que antes que la compra venta se perfeccione por el consentimiento ó escritura, pueden arrepentirse los contrayentes, y si se arrepintiese el comprador y hubiese dado arras ó señal, las perderá, y si es el vendedor el arrepentido, restituirá las arras dobladas, *pr. Inst. e. t. l.* 17. *C. de fid. inst.*; 2.º que perfeccionada la compra venta no hay lugar al arrepentimiento, aunque uno de los contrayentes esté dispuesto á sufrir la pérdida de la prenda ó á dar al vendedor lo que le interese ó el doble del precio, *l.* 3. *y* 6. *C. de resc. vend. l.* 5. *C. de oblig. et act.*

902. Del mismo axioma se infiere: 3.º que nadie puede ser obligado á comprar y vender, *l.* 11. *l.* 14. *C. de contrah. empt.*, á menos que lo exija la equidad ó utilidad pública, §. *ult. Inst. de his qui sui vel al. jur. l.* 12. *pr. D. de religios. l.* 14. §. 1. D. *quemadm. serv. amitt.*; y 4.º que la compra venta hecha por miedo ó fuerza no se aprueba por el pretor, *l.* 9. §. 3. *D. quod met. caus. l.* 1. *C. de resc. vend.*

903. Por la misma razon: 5.º el dolo que da causa á la compra venta la anula, *l.* 7. *pr.* D. *de dol.*; mas no el incidente ó que interviene en la compra, porque no impide el consentimiento, y asi solo produce accion de lo comprado en cuanto á lo que importe, *l.* 13. §. 4. 5. D. *de act. empt.*, ó escepcion de dolo, *l.* 9. §. 1. D. *de dol.*

904. Finalmente; 6.º si se comete error en el contrato, en la cosa, en toda la materia ó en su mayor parte, ó en la persona, la cosa se

---

900. *La escritura*) Pues entonces no consintieron los contrayentes absoluta y puramente, sino bajo la condicion de reducirlo á escrito; y asi no se perfeccionará aquel contrato hasta que se cumpliese la condicion. *

901. *Al fin*) Perfeccionado y cumplido el contrato, se imputan las arras en el precio, si consistieron en dinero; y si en otras cosas, pagado el precio, hay accion de lo comprado para repetirlas, ó bien compete la condicion sin causa. *L.* 2. *C. quando liceat. ab emt. disced.*

902. *O utilidad pública*) Cujacio nos presenta innumerables ejemplos, *Obs. lib.* 27. *cap.* 9., siendo el mas notable, cuando por causa de hambre pública se obliga al dueño del trigo á que lo venda. * Pero aun en este caso deberá abonarse al dueño el justo precio, *L.* 13. §. 1. *D. comm. præd.* Véanse tambien las escepciones que los doctores señalan á estas reglas en Jo. Voet. á las *Pand. tit. de contrah. emt.*

903. *Escepcion de dolo*) Si el contrato estaba perfecto, pero aun no se habia cumplido.

904. *En la materia*) Distínguese entre el error que versa sobre las cosas esenciales al contrato, y se llama error esencial, y entre el que versa sobre las acciden-

tiene por no comprada, y el contrato es nulo, *l.* 9. *pr.* §. 2. *l.* 41. §. 1. D. *de contrah. empt.*; pero si el error recae sobre una mínima parte de la materia, ó sobre el nombre propio ó cualidad de la cosa, ó sus accesiones, entonces solamente se da la accion *quanti minoris*, *l.* 9. §. 1. 2. *l.* 14. *l.* 45. D. *e. t. l.* 13. §. 4. 5. D. *de act. empt.*

905. Debe haber *cosa* justa sobre que verse la venta. Tales son: 1.° las que estan en el comercio, *l.* 34. §. 1. D. *e. t.*, y aun la esperanza, *l.* 8. §. 1. D. *de contrah. empt.*, v. gr.; lo que cogiere el pescador en la red, *l.* 12. D. *de act. empt.*, las cosas futuras, *l.* 39. §. 1. D. *lug. cit.*, las cosas incorporales, como la herencia, las acciones, *tit.* D. y *C. de hæred. vel act. vend.*, y aun las cosas agenas (*), *l.* 28. D. *lug. cit.*

(*) La compra venta de cosas agenas vale entre los contrayentes. De aqui es que el vendedor está obligado á satisfacer al comprador por medio de la eviccion la estimacion de la cosa con los daños y perjuicios causados, *l.* 29. *pr. D. de evict.* Pero esta venta no escluye el derecho del verdadero dueño, quien puede vindicar la cosa del comprador, á no ser que este la hubiere usucapido, *l.* 30. §. 1. *D. de act. empt.*

906. Pero no pueden venderse: 1.° las cosas que ya no existen, *l.* 15. *pr.* D. *e. t.*; 2.° los hombres libres, *l.* 6. *pr. l.* 34. §. 2. D. *lug. cit.* 3.° las cosas de derecho divino, §. *ult. Inst. e. t.*; 4.° las públicas, *l.* 6. *pr. l.* 62. §. 1. D. *lug. cit.*; 5.° las mercaderias corrompidas y dañosas, *l.* 34. §. 2. D. *lug. cit.*; 6.° las cosas hurtadas, *l.* 35. §. D. *lug. cit.*; y 7.° las litigiosas, *l.* 2. *l. ult. C. de litigios.* Hay ciertos artículos prohibidos especialmente como la púrpura, las telas de seda, los

---

tales, y se llama error accidental. Pertenecen á la esencia del contrato la cosa ó materia sobre que versa, el cuerpo de la cosa en que consintieron los contrayentes y sus atributos principales; y son cosas accidentales los accesorios de la cosa y sus cualidades secundarias, v. gr.: si se compra laton por oro no vale la venta, si se vendió oro, y el comprador creyese que era de mejor calidad de la que en realidad tenia, valdrá la venta. Cujacio, *Obs. lib.* 2. *cap.* 4., y Bynkershoeck, *Obs. lib.* 6. *cap.* 14.

O cualidad de la cosa) Y tambien si el error recayese sobre la cantidad: si se hizo la venta en globo ó á la vista, no producirá ningun efecto el error; pero sí, en la venta hecha por medida. *Estor.*

905. *Las acciones*) Bien sea que competen ya, ó que aun no hubieren nacido. Esceptúanse las acusaciones públicas, las acciones populares de injurias que de ningun modo pueden cederse á nadie. *L. pen.* §. 1. *D. de publ. jud. L.* 7. §. 1. *D. pop. act.* Tambien prohiben las leyes que se haga cesion de acciones á una persona mas poderosa, ó al curador las que son contra el menor, aun cuando aquel hubiera concluido en su cargo de curador, *L.* 2. *C. ne liceat potent. Nov.* 72. *cap.* 5. §. 1.

Las cosas agenas) Pues aunque el dueño de estas cosas tiene el derecho de vindicarlas, y aunque puede ser reconvenido el mismo vendedor por el delito de estelionato, la compra venta es válida entre los contrayentes, quienes pueden reconvenirse mútuamente por las acciones que nacen de este contrato.

906. *Y dañosas*) Como las cosas venenosas, á no ser que se vendan como medicamentos, *l.* 35. §. 2. *D. de contrah. emt.*

Las cosas furtivas) Sobre esta venta hay que distinguir: si ambos contrayentes sabian que las cosas eran furtivas, no queda obligado ninguno de ellos; si solamente lo sabia el comprador, estará este obligado á pagar el precio, en cuanto se

granos del tributo público, las armas, el vino, el aceite, los oficios públicos; pero ni siempre ni en todas partes se observan estas prohibiciones, *l.* 1. *C. quæ res export. non deb.*

907. Finalmente, los contrayentes deben convenir en un mismo precio, el cual ha de consistir en dinero, §. 2. *Inst. e. t. l.* 1. §. 1. D. *de contrah. empt.* (Varr. sobre la lengua latin. *lib.* 5., define el precio diciendo ser lo que se constituye por causa de estimacion y de venta.)

908. De lo que se infiere: 1.° que si se da una cosa por otra no hay compra venta sino permuta (*), §. 2. *Inst. e. t. l. penult. C. de empt. et vend.* 2.° que si se da parte en especie y parte en dinero, el contrato se llamará compra ó permuta, segun sea mayor ó menor la parte de este ó de aquella, *l.* 6. *C. de pact. int. empt. et vend.;* 3.° si se entrega parte igual en especie que en dinero, se ha de atender á lo que se convino al principio, *arg. l.* 6. §. 1. *l.* 24. §. 4. D. *de act. empt.;* de suerte, que la presuncion mas fuerte está en favor de la compra venta como contrato mas frecuente, aunque disienta Carpzov. *Part* 2. *Const.* 32. *def.* 15. *n.* 7.

(*) Sobre esta materia se elevaron largas discusiones entre las diversas sectas de jurisconsultos. Los Casianos y Sabinianos pensaron que podia hacerse la venta dando una cosa en lugar del precio, y se fundaban en el pasage del libro 7 de la Iliada de Homero, en donde se dice: aquí compraban vino los griegos de la larga cabellera, unos por metal, otros por limpio hierro, otros por pieles, otros por vacas, otros por esclavos; pero los Proculeyanos decian que estos versos indicaban permuta y no venta; y se fundaban en otro pasage de la Iliada, en donde dice Homero espresamente que Glauco *trocó* las armas con Diomedes, *lib.* 6. Véase la *l.* 1. §. 1. *D. de contrah. empt.* Justiniano decidió en favor de los Proculeyanos, §. 2. *Inst. e. t.*

909. El precio debe ser verdadero, justo y cierto. Verdadero, porque si es nominal, imaginario ó simulado, no hay compra venta, *l.* 2. §. 1. *l.* 36. *l.* 8. *C. e. t.* Asi es, que si se vende una cosa de valor por un denario, esto es, por una moneda insignificante, no hay venta,

---

le entregó la cosa, pero el vendedor no se obliga á la eviccion. Si el vendedor sabia que la cosa era furtiva, y lo ignoraba el comprador, ambos quedan obligados por el contrato, en cuanto que el vendedor que recibió el precio tiene obligacion de entregar al comprador la cosa furtiva libre de este vicio, ó bien lo que interese, *l.* 34. §. 3. *l.* 37. §. 1. *D. e. t. l.* 27. *C. de evict.* Si las cosas furtivas se vendieron sin sanarlas de este vicio, el comprador no adquiere su dominio, ni aun por la usucapion, porque el vicio de la cosa furtiva se transfiere á todo poseedor con la misma cosa, y esta no se purga de tal vicio sino es volviendo al dominio de su primer dueño. ✽

908. *Al fin)* Pero si en lugar de pagar la cantidad de dinero en que se ajustó la venta, se diese una cosa estimada, se habrá verificado una venta, y no una permuta, pues la intencion fue vender. *L.* 9. *C. de rescind. vend.* Cayo 3. *Inst.* 142. *C.* 1. *de ver. permut.*

✽ *Homero)* No anduvieron acertadas entrambas sectas de jurisconsultos en intentar dirimir su controversia por los versos de Homero, pues que en tiempo de este poeta, no se conocia el uso de la moneda, y por consiguiente no se diferenciaba la compra de la permuta. V. Merill. *Obs. lib.* 8. *cap.* 35. *y sig.*

909. *Una moneda)* Sin que se oponga á esta regla la *ley* 16. *D. de reg. jur.,*

arg. l. 46. D. *locat. cond.*, sino donacion paliada con otro nombre, *l.* 38. D. *e. t.* El precio ha de ser justo, porque la venta se rescinde á causa de la lesion enorme, *l.* 2. *C. de resc. vend.*, cuya ley se estiende á los demas contratos de buena fe. Debe ser cierto el precio por sí ó con relacion á otra cantidad, §. 1. *Inst. l.* 7. §. 1. 2. *e. t.* Podrá dejarse el precio á arbitrio de un tercero, y si este lo fijase, deberá estarse á su decision, *l. ult. C.* §. 1. *Inst. e. t.*; pero si no lo señalare, no hay compra venta.

910. El comprador está obligado á pagar el precio, y el vendedor á entregar la cosa. De aqui es: 1.º que si no se pagó el precio ó no se satisfizo al vendedor de algun otro modo, no pasa la cosa al dominio del comprador, aunque haya intervenido tradicion, á no ser que se le haya vendido al fiado, §. 41. *Inst. de rer. divis. l.* 19. D. *contrah. empt.*; 2.º que el comprador no puede reclamar la cosa sin haber pagado el precio, *l.* 11. §. 2. *fin. l.* 13. §. 8. 9. D. *de act. empt.*; 3.º que el vendedor tampoco puede reclamar el precio si no ha entregado la cosa, *l.* 25. D. *de act. empt. et vend.*; 4.º que reportando ambas partes iguales ventajas y gravámenes esten obligados mutuamente á prestar la culpa leve, *l.* 23. *D. de reg. jur. l.* 5. §. 2. *D. commod.*

911. El caso fortuito recae en el dueño de la cosa, *l.* 9. *C. de pign. act.*; pero en la compra y venta el peligro y utilidad de la cosa vendida, luego que se perfeccionó el contrato, pasan al comprador, aunque no se haya verificado la tradicion de la cosa, §. 3. *Inst. e. t. l.* 8. *pr. D. de peric. et comm. rei vend.*, no obstante que el vendedor conserva el dominio de la cosa antes de su tradicion. Esceptúanse los casos siguientes: 1.º cuando el daño procede por dolo ó culpa del vendedor, aunque sea leve, §. 3. *Inst. e. t.*; 2.º cuando el vendedor se hace responsable del caso fortuito, §. 3. *Inst. e. t. l.* 1. *pr.* D. *de peric.*

---

en donde se dice que no se verifica venta imaginaria cuando interviene precio; pues esta ley se refiere á la emancipacion, y puede esplicarse ó traducirse diciendo, que no se verifica venta imaginaria cuando interviene precio justo y cierto. ✪

Enorme) Lesion enorme es la que asciende á mas de la mitad del justo precio, cuya prueba suele ser bastante dificil, porque la estimacion de la cosa se ha de hacer atendiendo al tiempo en que se verificó el contrato. *Tomasio. Estor.*

De buena fé) Pero no tiene lugar este beneficio en las transacciones, Zoes. *al D. tit. de transact. n.* 47.

De un tercero) Pero no al arbitrio del comprador, *L.* 35. §. 1. *D. de contrah. emt.*

Estarse á su decision). A no ser que fuese manifiestamente injusta ó que encerrase lesion enorme, en cuyo caso puede corregirse ó rescindirse la venta, *L.* 78. *y sig. D. pro socio.* Pero no si la lesion fuese leve.

910. *Si no ha entregado la cosa)* Pero el vendedor puede hacer sus diligencias aun antes de la tradiccion de la cosa, para que el comprador consiga la cosa vendida, pagado ú ofrecido el precio. *L.* 1. §. 3. *D. de peric. et commod. rei vendit.* Por lo regular el comprador es el primero que principia á cumplir el contrato pagando el precio.

911. *Al comprador)* Pues en este contrato parece que se convienen tácitamente los contrayentes en que el que compró se entienda que recibió, supuesto que los antiguos decian comprar por recibir (*emere pro accipere*), segun Festo. Marcil. *e. t.* Estor. De esta suerte, el vendedor queda libre de toda responsabilidad, si

et commod. rei vind.; 3.º si la cosa perece por vicio antiguo, *l.* 1. *l. ult. C. lug. cit.*; 4.º si las cosas se venden al peso, número ó medida, pues entonces el peligro no recae en el comprador, hasta que se pesen, cuenten ó midan, *l.* 35. §. 5. D. *de contrah. empt.*, ó si fuesen de las que se acostumbran á gustar préviamente y perecieren antes de gustarlas, *l.* 34. §. 5. D. *lug. cit.*

912. Obligándose ambas partes desde el principio en virtud de este contrato bilateral y nominado, se dan dos acciones directas que llevan el nombre del contrato, á saber: de compra y venta.

913. La accion de *compra* se concede al comprador que ha pagado el precio para que obligue al vendedor ó á sus herederos á entregar la cosa vendida con los frutos, aumentos y accesiones, y á resarcir el daño causado aun por culpa leve del vendedor. (*)

(*) Si la cosa es tan viciosa que sea inutil al comprador, este tiene la accion edilicia redibitoria para obligar al vendedor á que reciba la cosa viciosa con sus frutos y aumentos, restituyendo su precio, *l.* 21. *l.* 23. *l.* 25. *D. de ædil. ed.*; pero si la cosa no vale el precio en que se ha comprado, le compete la accion edilicia *quanti minoris*, para que se le devuelva del precio tanto cuanto menos vale la cosa, *l.* 18. *pr. l.* 61. *D. lug. cit.*

914. De lo que se sigue: 1.º que el vendedor está obligado á la tradicion sin poderse eximir de ella aun cuando ofrezca lo que interese, *l.* 11. §. 2. D. *de act. empt.*; 2.º que el comprador puede reclamar lo que interesa, si la entrega no se ha hecho por culpa del vendedor, *l.* 1. *pr. l.* 11. §. 9. D. *lug. cit.*; 3.º que se dé al comprador la libre posesion de la cosa, *l.* 2. §. 1. *l.* 3. *pr.* D. *l.* 8. *C. lug. cit.*, con los frutos pendientes y percibidos despues del contrato, *l.* 13. §. 10. D. *l.* 13. *l.* 16. *C. lug. cit.*, con todas las accesiones y aumentos, y lo que está fijo ó es inherente á la cosa, *ruta cæsa*; pero no los objetos muebles, *fixa vincta* (*), que no pertenecen á la cosa, *l.* 17. *pr. y* §. 6. *l.* 38. §. 2. D. *lug. cit.*, ni el muladar, si se tiene para venderlo y no si para estercolar el campo, *l.* 17. §. 2. D. *lug. cit.*

915. Al vendedor que entregó lo cosa compete la accion de venta para obligar al comprador ó á sus herederos á que pague el precio con los réditos, si hubo tardanza en el pago, los cuales se principian

---

la cosa pereciere por caso fortuito, al paso que tiene contra el comprador la accion de lo vendido, para que le pague el precio.

Por vicio antiguo) Como si muriese un caballo despues de la venta, y reconocidos los intestinos apareciere que los tiene dañados. *

913. * *Quanti minoris)* Estas acciones se diferencian tambien en que la *redhibitoria* dura seis meses, y la *quanti minoris* un año, asi es, que aquella puede prescribirse antes que esta. *

914. *Lo que está fijo)* Y tambien las cosas que aunque no estan fijas en los edificios, se hallan alli para usar siempre de ellas, v. gr., las máquinas en las fortificaciones, * los algibes, los pozos, las tapas de estos, las cuerdas &c.

915. *Los réditos)* Pero si el vendedor fue el moroso en recibir el precio, podrá el comprador ofrecerlo y depositarlo judicialmente: de lo contrario deberá pagar los réditos, porque nadie puede tener á un tiempo la cosa y el precio. *

á contar desde que empezó la demora, y á resarcir segun los principios de equidad el daño causado aun por culpa leve.

»Nuestras leyes estan tomadas en lo concerniente á este título de las »romanas, asi es que se observan muy pocas diferencias entre unas y »otras. La *ley* 3. *tit.* 12. *lib.* 7. *Nov. Recop.* prohibe á los corregidores, »gobernadores y oficiales de estos comprar bienes raices en el territo»rio de su jurisdiccion, mas no vender sus bienes. Si el vendedor fue»se inducido á vender en virtud de ciertas condiciones que despues no »se le cumplen, puede separarse del contrato; fuera de este caso, »aunque se demorase la entrega del precio permanece obligado, y »no tiene mas derecho que el de pedir el pago de aquel, intereses y »perjuicios. *L.* 58. *tit.* 5. *Part.* 5.»

TITULO XXV.

De la locacion conduccion.

916. La *locacion conduccion* es un contrato consensual en que se da el uso de alguna cosa por cierto tiempo, ó se prestan servicios por una cantidad que sirve de paga. (*)

(*) El que arrienda los campos se llama *colono*; el que las casas *inquilino*, *l.* 37. *D. de adquir. possess.*; y el que los tributos, *publicano*, *l.* 16. *D. de verb. sign.* Se llama *conductor* ó arrendatario el que toma en arriendo y se obliga á pagar una cantidad por el uso ó goce de una cosa, y se da el nombre de *locador* al arrendador ó que entrega á otro el uso de dicha cosa. El que toma en arriendo un campo se llama colono, porque lo cultiva; el que una casa, inquilino, y el que los tributos públicos, publicano. En la locacion de obras, esto es, de los trabajos ó servicios de una persona, el que suministra su industria por una retribucion determinada se llama locador ó arrendador, y el que se aprovecha de la obra y la paga, se llama, así como en el caso precedente, conductor ó arrendatario. Pero hay tambien locacion de hacer una obra, esto es, se puede dar en arriendo la empresa de una obra, y en este caso, el empresario ó que se encarga de ejecutar aquella operacion se llama conductor ó arrendatario, y el locador ó arrendador no es el que recibe la suma convenida, sino el que la paga. En este caso, será este locador de la empresa ú operacion (*operis*), cuya empresa confia á otro, y conductor de los trabajos, de los cuidados ó industria *(operæ)* que debe suministrar el empresario y recíprocamente este último es á un tiempo mismo conductor de la empresa *(redemtor)* y locador ó arrendador de su industria, *l.* 60. §. *penult. D. e. t. l.* 11. §. 1. *l.* 15. §. *penult. D. e. t. l. un. pr. D. de æstimat.* (*Nota del Trad.*)

917. Se verifica locacion conduccion de *cosas* cuando se concede el uso de una cosa; de servicios ó industria, cuando se prestan los que son iliberales (*), y de la empresa de una obra, cuando se toma la ejecucion de alguna obra, por cierta merced, *l.* 5. §. 1. D. *de verb. sign.*

---

916. * *Redemtor*) Véase á Brison del verdadero significado de esta voz, y lo que espone Roberto, *lib.* 1. *anvinad. jur. civil*, contra Cujacio, *cap.* 10. Ademas Reinesio, *Synt. inscr. clas.* 7. *n.* 21., denota la locacion con la palabra mancipacion, y con la de mancipios el vocablo conductor. *Estor*

(*) Los servicios de las artes liberales no se alquilan, pues segun se dijo en la nota del §. 758. no admiten merced sino honorario. De aqui es, que entre el abogado y el cliente no hay locacion conduccion, sino mándato; y entre el maestro y el discípulo, contrato, hago para des.

918. Como en este contrato se presta por cierta merced el uso de la cosa ó los servicios, claramente aparece que hay mucha semejanza entre él y la compra venta, *pr. Inst. l.* 2. *pr.* D. *e. t.*, y por lo mismo pertenecen tambien á su esencia: 1.º el consentimiento; 2.º el uso de la cosa ó de los servicios; y 3.º la merced.

919. Perfeccionándose con el consentimiento, se sigue: 1.º que queda perfecto desde el momento en que se conviene acerca de la merced, á no ser que los contrayentes hayan pactado espresamente otorgar escritura, *l.* 17. *C. de fid. instr.*

920. 2.º Que puedan celebrar este contrato todos los que puedan consentir, y disponer de sus bienes, pero no los decuriones, los militares ni los clérigos, ni tampoco los tutores y curadores, quienes no pueden arrendar las cosas del fisco y del príncipe antes de haber rendido sus cuentas; *l.* 30. *l.* 31. *C. e. t. l.* 49. *pr.* §. 1. *D. lug. cit. l. un. C. ne tut. vel cur. vect. cond.* Vulgarmente deducen algunos de la *l. un. C. de stud. liberal.* el privilegio de que los que ejercen un oficio ruidoso no pueden alquilar casa junto á la de los literatos contra la voluntad de estos. Perez *en d. l. un. n.* 6.

921. Pueden arrendarse todas las cosas que estan en el comercio con tal que no se consuman con el uso, *l.* 3. §. *ult.* D. *commod.*, y todos los servicios honestos, *arg. l.* 26. D. *de verb. oblig.*, que sea costumbre alquilar, §. 1. 4. *Inst. e. t. l.* 5. §. 2. D. *de præscr. verb. l.* 22. §. 1. 2. *l.* 24. *pr. l.* 25. §. 7. 8. *l.* 26. *l.* 31. *D. e. t.*

922. La *merced* debe consistir en dinero. Asi es que el alquiler de los servicios se convertiria en un contrato innominado, hago para que des, ó hago para que hagas, si se prometiera dar ó hacer otra cosa por ellos, §. 2. *Inst. e. t. l.* 5. §. 2. *D. de præscr. verb.* Sin embargo,

---

918. *El uso de la cosa*) La principal diferencia que hay entre la compra y venta y la locacion, consiste en que aquella es título hábil para transferir el dominio, y esta no lo es; por la compra venta se transfiere la posesion civil, y por la locacion la natural solamente. De aqui, que el comprador pueda ser defendido en la posesion por el interdicto, y no el conductor. *

920. *Los decuriones*) Porque estos estaban adheridos á la curia como los esclavos á los terrenos: V. el *tit. de nupt.*, §. 170. donde se ha tratado de la condicion de los curiales. **

De la ley un. C. &c.) Nada aparece en esta ley que demuestre este privilegio, si bien se observa en la práctica.

921. *Que estan en el comercio*) Y tambien muchas que no pueden venderse, como las públicas, las de ciudades &c. * Y vale tambien la locacion de las cosas agenas, y aun de las propias, como las dadas en prendas. *Estor.*

Que sea costumbre alquilar) Esto es, los iliberales que se prestan con trabajos mecánicos, mas no los liberales que se prestan con el ingenio. *

922. *En dinero*) A no ser que se dé una cosa estimada, pues esta se tiene por dinero. Asi debe entenderse la *ley* 21. *C. e. t.*

las cosas fructíferas pueden arrendarse pagando la pension con una parte de los frutos, *l.* 35. §. 1. *D. l.* 21. *C. e. t.*, en cuyo caso los arrendatarios se llaman colonos parciarios, y en cierto modo son semejantes á los socios, *l.* 25. §. 6. *D. e. t.*

923. Asi como en la compra venta debe haber precio, asi en este contrato debe intervenir merced, la cual ha de ser: 1.º verdadera, pues de otra suerte seria donacion, *l.* 20. §. 1. *l.* 46. *D. e. t.*; 2.º justa, porque si no cualquiera de los contrayentes puede rescindir el contrato á causa de la lesion enorme, *l.* 2. *C. de resc. vend.*; 3.º cierta, ó por sí ó con relacion al arbitrio de un tercero. De aqui es, que si no se determina la merced, sino que se promete pagar lo que fuere justo, la locacion conduccion es nula, §. 1. *Inst. e. t.* 22. D. *de præscr. verb.*, á no ser que la merced se fije por la ley, Mat. *cap.* 20. *v.* 4. 7.

924. Siendo la merced proporcionada á la cosa ú obras porque se da (916.), y por consiguiente, siendo iguales las ventajas que reportan los contrayentes, se sigue: 1.º que ambos se prestan mútuamente la culpa leve, *l.* 23. *D. de reg. jur. l.* 13. §. 1. *l.* 25. §. 3. *l.* 31. *fin.* D. *e. t.*; 2.º que el caso recae sobre el dueño, y por esto se debe rebajar la pension á prorata, si el arrendador no pudiese usar de la cosa por culpa del locador ó por alguna calamidad, *l.* 15. §. 1. *sig. l.* 25. §. 1. *l.* 33. *fin. D. e. t.*, si la abandonare por miedo justo de peligro inminente, *l.* 27. §. 1. D. *e. t. l.* 49. §. 1. D. *ad leg. Aquil. l.* 28. D. *de damn. inf.*, ó si no se prestaron los servicios, sin que esto haya sido por falta del locador, *l.* 19. §. 9. 10. *l.* 38. *pr.* D. *e. t.*

925. La locacion conduccion se diferencia de la compra venta en que las cosas no se arriendan para siempre, sino las mas veces por tiempo cierto. De aqui se infiere: 1.º que concluido el tiempo, hechos los servicios, ó estinguido el derecho del causante (*), se acaba la lo-

---

Con una parte de los frutos) Esto es, con una parte cuanta consistente en cierta medida, v. gr., por tantos medios. Pues si se locase un prédio por una parte cuota, v. g., de suerte que el colono prestase todos los años la mitad de los frutos, entonces se verificaria un contrato de sociedad, porque el uno prestaba la cosa y el otro el trabajo con el objeto de hacer una ganancia en comun. En el primer caso se llamaria el arrendatario colono, y en el segundo colono parciario.

923. *Es nula*) De suerte que en este caso no hay lugar á la accion de locacion, sino que se debe instituir la accion *prescriptis verbis.* §. 1. *Inst. e. t.* *

924. *La culpa leve*) Sin que obste el §. 5. *Inst. e. t.*, porque en él se habla de las obras que presta el artífice, y la impericia de esta clase de personas se reputa por culpa leve segun la *ley* 9. §. *penult. D. e. t.* * Pero si el conductor prometiese por sí toda la pericia en el arte ó tomase á su cargo una obra dificil, ó recibiese mayor merced de la ordinaria, parece que se obliga á prestar una diligencia esactísima segun el argumento de la *l.* 25. §. 7. *D. e. t.* Ever. Otton. *al* §. *cit. de la Inst. e. t.*

Por alguna calamidad) Lo contrario seria si el conductor tomase sobre sí todo el peligro, ó se compensase la esterilidad de un año con la fertilidad de otro, *l.* 8. *C. e. t.*, y aun cuando alguno tomase bajo su responsabilidad los casos fortuitos, se entienden escluidos aquellos que rarísima vez acaecen, acerca de los cuales escribió una erudita disertacion Everardo Otton. *

cacion conduccion, *l.* 13. §. *ult. l.* 9. §. 1. *D. e. t.;* 2.º que el arrendatario no puede abandonar sin justa causa la cosa arrendada, ni ser espelido por el locador, á no ser que hayan pasado dos años sin pagar la renta, *l.* 54. §. 1. *l.* 56. D. *e. t.*; ó que haga mal uso de la cosa, *l.* 3. *C. e. t.;* ó que sea necesario repararla, ó que el dueño tenga necesidad de usarla, *l.* 3. *C. lug. cit.*

(*) De aqui se sigue, que vendida la cosa, el comprador puede quitarla al arrendatario, lo que es muy conforme á los principios de derecho, *l.* 9. *C. de loc. cond.*, pues el arrendatario no puede retener la cosa ni por derecho real, puesto que no lo tiene en ella, y si acaso será el de hipoteca; ni por derecho personal, porque entre él y el comprador no ha mediado ningun contrato, y como este es sucesor singular, no está obligado á prestar los hechos de su causante. La accion pues del arrendatario está reducida á exigir del locador daños y perjuicios, *l.* 25. §. 1. *D hoc conduct.*

926. Finalmente, los antiguos infirieron por equidad que si el arrendatario usa de la cosa despues de haberse cumplido el tiempo del arriendo, se supone que la vuelve á arrendar tácitamente por un año, si el prédio es rústico, y si es urbano bajo las mismas condiciones y por el mismo tiempo que la arrendó, *l.* 13. §. *ult. l.* 14. D. *l.* 16. *C. e. t.* De aqui es que la locacion conduccion se divide en espresa y tácita.

927. Como ambos contrayentes se obligan desde el principio, nacen dos acciones directas (782.), á saber; la una de locacion, y la otra de conduccion.

928. La accion de locacion se da al locador contra el arrendatario ó su heredero para que pague la renta no satisfecha á su debido tiempo, los intereses ó réditos debidos despues de la demora, para que acabado el contrato restituya la cosa arrendada, y para que resarza los perjuicios causados aun por culpa leve.

929. La accion de conduccion compete al arrendatario contra el locador ó sus herederos para que presten el uso de la cosa ó los servi-

---

925. *Al fin)* Sin embargo, si no ocurrió por culpa del conductor, está obligado el locador á prestarle lo que interese, esto es, á indemnizarle; V. Voet. á las *Pand. e. t.*

926. *Por un año)* Porque la percepcion de los frutos se verifica en el término de un año.

Por el mismo tiempo) Esto es, en cuanto lo habitó. Ulpiano dice en la *l.* 13. §. *ult.* Cada uno se obliga por el tiempo que habitare; á no ser que se haya espresado en la escritura el tiempo cierto del arriendo. Pero es costumbre de muchos lugares entenderse renovado el arriendo por otro año tanto con respecto á los campos como á los edificios.

928. *Los intereses)* Y tambien tiene lugar una obligacion real si por esta renta é intereses se da en prenda tácita ó espresamente alguna cosa. Por lo que advertimos muchas veces, que en lugar de esta accion personal se instituye la hipotecaria. *

Restituya) Aunque pretenda el conductor que tiene en ella dominio ú otro derecho; y si no la restituyere, se obliga á pagar el duplo, *L.* 25. *l.* 34. *C. e. t.*

★

cios, abonen las impensas necesarias y útiles hechas en la cosa arrendada, *l.* 55. §. 1. *l.* 61. *D. e. t.*, y resarzan los daños causados aun por culpa leve. (924.)

»Nuestras leyes conformes á las romanas en orden á la esencia y á »las cosas que pueden ser objeto del contrato de la locacion conduc»cion, no lo estan con respecto á las personas. La *ley* 2. *del tit.* 8. *Part.* »5. declara capaces á cuantos pueden comprar y vender, esceptuando »unicamente al militar con respecto al arrendamiento de los prédios »rústicos. La *ley* 4. *del título cit.* dispone acerca del tiempo en que »debe verificarse la paga del precio, que se atienda primero á lo esti»pulado por las partes; 2.° si nada estipularon, que se siga la costum»bre del lugar, y á falta de esta, que se verifique al fin del año. Se»gun la *ley* 5. *tit.* 8. *cit.*, si se hiciese el arriendo por cuatro años y »pasasen dos sin pagar el precio, puede el locador quitar la cosa al con»ductor, y para ser satisfecho tiene hipoteca tácita en los bienes que »hallase en la cosa arrendada. Por el *art.* 5. del decreto de 8 de ju»nio de 1823 se establece, que si el arriendo fuese de prédio rústico, »no podrá el dueño despedir al arrendatario durante el plazo estipu»lado para el arriendo, ni aun con pretesto de necesitar la finca para »sí mismo; pero si podrá, cuando no pagando renta, tratase mal la »finca ó faltase á las condiciones estipuladas. Por una ley recopilada »se exigia, para que se entendiese acabado el arriendo, que se avi»sasen el arrendador ó el arrendatario al principio del año último del »arriendo que en el siguiente se acabaria, á cuyo aviso se llamaba »mútuo deshaucio (*L.* 3. *tit.* 10. *lib.* 10. *Nov. Recop.*); pero segun el »*art.* 5. *del cit. decreto* los arrendamientos de cualquiera prédios rús»ticos por tiempo determinado fenecerán con este, sin necesidad de »mútuo deshaucio, sin que el arrendatario de cualquiera clase que sea »pueda alegar posesion para continuar contra la voluntad del dueño, »cualquiera que haya sido la duracion del contrato; pero si despues »de concluido el término permaneciese el arrendatario en la finca por »tres dias ó mas, con aquiescencia del dueño, se entenderá arrendada »por otro año con las mismas condiciones que el anterior. Si fuese in»quilinato, se entiende renovado por el tiempo que se quiere, habi»tando el inquilino sin oposicion del dueño.»

Del contrato de enfitéusis.

930. Con motivo de este título Justiniano trata del enfitéusis, el que asemejándose en muchas cosas á la compra venta y á la locacion conduccion, se diferencia de ellas sin embargo en otras, y tiene una

---

929. *Las impensas*) Pueden tambien contarse ó imputarse estas impensas en la merced. *L.* 61. *D. e. t.*, *l. un.* §. 3. *D. de via pub.* Y si es reconvenido con la accion de locacion puede usar de escepcion ó del derecho de retencion. *l.* 16. *D. e. t.*

naturaleza particular segun la constitucion Zenoniana, §. 3. *Inst. c. t. l.* 1. *de jur. emphyt.*

931. La palabra enfitéusis se deriva de un verbo griego, que significa sembrar, cuasi plantar. Cuando se formaba alguna provincia, se acostumbraba á arrendar para siempre los campos públicos cultivados, exigiéndose anualmente cierta cuota ó tributo (*vectigal*), y los campos incultos se daban en enfitéusis por cierto cánon anual, concediendo al enfitéuta un derecho próximo al dominio, ó el dominio útil. Burmann. *de vectigal. pop. Rom.* Este derecho se estendió despues á los campos y otros prédios de los príncipes, iglesias, ciudades, y aun á los de los particulares, cuyos bienes empezaron desde entonces á llamarse indistintamente vectigales y enfitéuticos. Schil. *Exerc.* 16. §. 66. *sig.*

932. Constituido el enfitéusis, da despues de la tradicion derecho en la cosa; esto es, dominio menos pleno, ó derecho próximo al dominio, *l.* 12. *fin. C. de fund. patr. l. ult. C. de cens. et censit.*, *l.* 1. *l.* 8. *l.* 11. *C. de omni agr. des.* De aqui es que aquel que tiene el dominio directo se llama dueño del enfitéusis, y el que tiene el dominio útil enfitéuta.

933. La enfitéusis se constituye principalmente (*) por contrato, y se define, un contrato consensual por el cual se concede á uno para siempre ó por largo tiempo el dominio útil de un prédio, pagando cierto cánon anual en reconocimiento del dominio, §. 3. *Inst. de loc. cond. l.* 1. *pr. D. si ager. vectig. id est, emphiteut. pet.*

(*) Tambien se constituye por última voluntad y por prescripcion de largo tiempo, *arg. l.* 26. *D. de pign. act. l. ult. C. de præscr. long. temp.*

934. Siendo un contrato consensual, se sigue: 1.º que se perfecciona desde que los contrayentes prestan su consentimiento; 2.º que la escritura de la cual se ha hablado en el §. 3. *Inst. de loc.* no se nece-

---

930. *Zenoniana)* Pero no fue Zenon el que inventó este nombre, pues lo usa Ulpiano en la *ley* 3. §. 4. *D. de reb. corp.*

931. *Para siempre)* Este cánon ó tributo se llamaba *vectigal*: era de tres clases, pues se distinguia en *décimas*, que era la décima parte del trigo y la quinta de los demas frutos que se pagaba por los que cultibaban los campos y terrenos públicos, en *scriptura* que era el tributo que se percibia sobre los pastos, bosques, y prados públicos, y finalmente en *portoria*, que eran los tributos que se pagaban en los puertos por la importacion y esportacion de mercaderias y otros semejantes. Por lo que no es estraño que se comprenda en el Digesto en una rúbrica ó título los bienes vectigales y enfiteuticarios. *

932. *Próximo al dominio)* Y tanto que da al enfitéuta el derecho de percibir del campo toda la utilidad, mientras que el dueño del enfitéusis solamente tiene el derecho de percibir el cánon, el derecho de prelacion y el de exigir del enfitéuta los recibos de las cargas públicas. *

933. *Del dominio)* Pero no se crea que este cánon es una pension anual que se paga por los frutos que produce la finca; pues ademas de no ser proporcionada á los frutos se debe pagar aun cuando no se hubiese colectado fruto alguno. *

sita sino por via de prueba, *l.* 1. *C. de jur. emphyt.*, particularmente en las enfitéusis eclesiásticas perpétuas, *Nov.* 7. *pr. Nov.* 120. *cap.* 5.; 3.º que este contrato produce, despues de la tradicion, derecho en la cosa, *l.* 20. *C. de pact.*

935. Adquiriendo el enfitéuta el dominio util, se infiere; 4.º que le pertenecen todos los frutos y utilidades, aunque sea un tesoro, *arg.* §. 39. *Inst. de rer. divis;* 5.º que tiene derecho de imponer servidumbre, *l.* 1. §. *ult. D. de superf.;* de mudar la superficie del fundo, con tal que no lo deteriore, *Auth. Qui rem, C. de SS. Eccles.;* de empeñarlo, *arg. l.* 31. *D. de pign. act.;* de donarlo y permutarlo, *l.* 1. *C. de fund. patr.*; 6.º que pueda tambien venderlo, participándolo al dueño para ver si este quiere usar del derecho que tiene de prelacion, *l.* 3. *C. de jur. emphyt.;* 7.º que soporte las cargas y tributos, *l.* 2. *C. de jur. emphyt.*

936. Síguese tambien; 8.º que el enfitéuta puede vindicar el fundo enfitéutico de cualquier poseedor y aun del mismo dueño de la enfitéusis, *l.* 1. §. *ult. D. e. t.;* 9.º que pueda transferirlo á cualquiera persona, ya por título universal, ya por título singular, con la diferencia de que el sucesor singular debe la quincuagésima parte del precio por via de laudemio, *l.* 3. *C. de jur. emphyt.*

937. Como el dominio útil se concede en razon del cánon anual, y este se paga en reconocimiento del dominio, se sigue; 10. que no se remite aunque haya esterilidad ó invasion de enemigos, *l.* 1. *C. de jur. emphyt.* §. 3. *Inst. loc. cond.*; 11. que la obligacion de pagar el cánon se estingue con la destruccion total de la cosa, *l.* 1. *fin. C. lug. cit.* §. 3. *Inst. e. t.*

---

934. *Eclesiásticas*) Pues en estas es necesaria escritura, y de lo contrario se invalida el contrato, como demostró Cristin. *vol.* 3. *decis.* 119. *num.* 5. * Y la razon es en estremo singular, á saber, porque los administradores de las cosas eclesiásticas se varian con frecuencia.

935. *Un tesoro*) Harprecht opina lo contrario en el §. 3. *de la Inst. de loc. et cond.*, fundándose en que tampoco el usufructuario hace suyos los tesoros: pero hay que advertir, que del usufructo no procede consecuencia al dominio que se constituye en cosa propia, y asi el enfitéuta, el vasallo y el superficiario hacen suyo el tesoro, con tal que en el último caso no se hubiere encontrado en el fundo.

935. *Del derecho de prelacion*) Llámase vulgarmente derecho de retracto, y es aquel por el cual el dueño ofreciendo dentro de dos meses el mismo precio á que se vendia la cosa, es preferido á los estraños. Si no usare el dueño de este derecho puede verificar la venta el enfitéuta en favor de otra persona.

Servidumbre) Pero no en perjuicio del dominio, sino por el tiempo que durase el enfitéusis. *(Nota del Trad.)*

936. *Del precio*) El laudemio se debe con relacion al precio, no al valor de la cosa, aunque sea mayor que el precio.

937. *Se estingue*) Con tal que la cosa se destruyere perpetuamente, pues si vuelve á su anterior estado, v. gr., si fue inundada y cesa la inundacion, revive tambien el dominio. Por esta razon debe constar el campo del cual se paga el cánon; pues de lo contrario, destruyéndose un campo, siempre podria aparecer libre el enfiteuticario. Y de aqui puede colegirse la necesidad de la escritura en este contrato. *

938. Ademas de estinguirse por la destruccion de la cosa, tambien se estingue el derecho del enfitéusis: 1.° por consolidacion, *arg.* §. 3. *Inst. de usufr.*; 2.° por prescripcion, *arg. l.* 15. §. 25. *D. de damn. inf.*; 3.° por no pagar el cánon dentro de tres años, si el dueño es secular, *l.* 2. *C. de jur. emphyt.*, y dentro de dos si es iglesia, *Nov.* 7. *cap.* 3. §. 2.; por cuya causa espira *ipso jure* el dominio útil del enfitéuta, el cual no puede purgar la mora aunque ofrezca el cánon antes de entablarse la accion, *l.* 2. *C. de jur. emphyt. l.* 2. *C. de fund. patr. Auth. Qui rem*, *C. de SS. Eccl. Nov.* 120. *cap.* 8. No sucede asi por derecho canónico, *cap. ult. X. de locat.* Se estingue tambien; 4.° por vender la cosa ignorándolo el dueño, *l.* 3. *C. de jur. emphyt.*; 5.° por deteriorarla considerablemente, *Auth. Qui rem, C. de SS. Eccles.*

939. Asi como del derecho enfitéutico ya constituido nace accion real ó vindicacion útil, asi tambien nacen del contrato por el cual se constituyen dos acciones enfitéuticarias directas.

940. La una se da al enfitéuta contra el dueño ó sus herederos para que entreguen el prédio enfitéutico segun el contrato. La otra compete al dueño contra el enfitéuta para que pague el cánon, el laudemio, y las demas deudas nacidas del contrato, *l.* 1. *C. e. t.* §. 3. *Inst. de loc. cond.*

»Por nuestro derecho no vale el contrato de enfitéusis si no intervi»no escritura, pero no por esto debe numerarse este contrato entre los »literales, pues el escrito solamente se requiere para que conste el »contrato. (*L.* 28. *tit.* 8. *Part.* 5.) Segun la misma ley, al medio, para »que cese la obligacion de pagar la pension, por destruccion de la »cosa, es necesario que no quede salva ni aun la octava parte de la »cosa, pues si quedase, permanecerá la obligacion.»

TITULO XXVI.

De la sociedad.

941. El cuarto contrato consensual es la sociedad, la cual no se debe confundir con la comunion de bienes, pues esta es un cuasi contrato, aquella un contrato verdadero; esta se hace sin intencion de contraerla y aun por caso fortuito, aquella por mútuo consentimiento, *l.* 31. 32. 34. *D. pro soc.*

---

938. *Espira ipso jure)* A no ser que no se pagase por justa causa, como en caso de herencia yacente, ó cuando estuviese asegurado por compensacion; en tales casos no se entiende que hay morosidad en la entrega, *l.* 21. *y sig. de usur.*

941. *Cuasi contrato)* Mejor, cierto derecho misto entre el cuasi contrato y el dominio, por lo que la accion *comuni dividundo*, de que se trata en el §. 180. *y sig.* no es solamente personal, sino mista de real y personal.

942. *Consensual)* Y de aqui el llamarla Papiniano en la *ley* 52. §. 8. *D. e. t.* consorcio voluntario. Espresándose el consentimiento por palabras, ó pudiendo colegirse de hechos, la sociedad se divide en espresa y en tácita.

942. Sociedad es un contrato consensual por el cual los contrayentes se comunican los bienes ó la industria con el objeto de hacer una ganancia en comun. Las relaciones que existen entre los socios son tan estrechas que se consideran como hermanos, *l.* 63. *pr. D. e. t.*

943. Siendo la sociedad un contrato consensual, se sigue: 1.° que se perfecciona con el solo consentimiento, siguiéndose despues la tradicion, la cual se presume hecha en la sociedad universal, *l.* 1. §. 1. *l.* 2. D. *e. t.* Esceptúanse las acciones y obligaciones, pues no pudiendo entregarse se comunican por mútua cesion, *l.* 3. *pr.* D. *lug. cit.*

944. Comunicándose los bienes y la industria se infiere; 2.° que la sociedad es ó universal, cuando se comunican todos los bienes presentes y futuros adquiridos por cualquier título, *l.* 3. §. 1. D. *e. t.*, ó general, cuando solamente se comunican los que proceden de ganancia (*ex quæstu*), mas no por beneficio de los hombres ó de la fortuna, *l.* 7. *l.* 8. *l.* 9. *l.* 73. D. *e. t.*, ó singular, cuando solamente se celebra para bienes ó negocios señalados, *l.* 5. *pr. l.* 52. §. *D. lug. cit.*

945. Síguese del mismo principio; 3.° que tambien vale la sociedad desigual, ya sea que uno ponga menos bienes que otro (*), *l.* 5. §. 1. D. *lug. cit.*; 4.° ya que uno ponga el capital y otro la industria, *l.* 5. §. 1. *D. e. t.*; pero es menester que esta sea lícita y honesta, *l.* 52. §. 17. *l.* 53. *y* 57. D. *e. t.*

(*) Hay mucha diferencia entre el que presta la industria como socio y el factor que recibe salario por sus servicios, pues este no participa ni de la utilidad ni del perjuicio.

946. Siendo el objeto de la sociedad hacer una ganancia en comun, se deduce; 5.° que no se contrae por medio de donacion *mortis causa*, *l.* 5. §. *ult.* D. *pro soc.*; y que se prohibe como leonina (Phedr. *Fab. lib.* 1. *fab.* 5.) la sociedad en que se estipula que uno tome las ganancias, y el otro sufra todos los perjuicios, *l.* 29. §. 2. *D. e. t.*

947. Considerándose los socios como hermanos, se infiere; 7.° que deben prestarse mútuamente la culpa leve (787. *) en concreto, porque eligiéndose ellos mismos mútuamente, se conforman con su industria respectiva (*), §. 9. *Inst. l.* 72. *D. e. t.*; 8.° que el dolo ó culpa lata del socio se castiga con pena de infamia, *l.* 1. *l.* 6. *D. de his qui not. inf.* 9.° que los socios gozan entre sí del beneficio de compe-

---

943. *La tradicicion*) Esta solamente se requiere para el cumplimiento del contrato, mas no para darle su perfeccion.

944. *Se comunican*) Interviniendo tradicion tácita, *l.* 2. *D. e. t.*, la cual se verifica por constituirse en posesion, Noodt. *lib.* 2. *Probabil. cap.* 6. §. *ult.* Hay otra sociedad universal de la herencia, Schulting á Cayo. *Estor.*

De ganancia) Tales son las que se adquieren por compra venta, negociacion ó artefacto.

946. *Se prohibe*) Es decir, que si no quisiere el socio que fuere válida, puede hacer que se rescinda, pero si no quisiere rescindir este contrato, valdrá, no como sociedad, sino como donacion.

tencia, *l.* 63. *pr.* D. *e. t.*, del cual se tratará mas adelante. 10. Que en la sociedad universal son comunes todos los bienes, aunque sean desiguales las facultades de los socios, y uno de ellos gaste mas que el otro, *l.* 73. *pr. y* §. 1. D. *e. t.*; 11. que en la general, solamente son comunes las ganancias, pero no lo que se adquiere por beneficio de los hombres ó de la fortuna, *l.* 7. *y* 71. §. 1. *D. e. t.*; 12. que en la sociedad singular deben repartirse las utilidades con igualdad, §. 1. *Inst. e. t.*

(*) Esta razon se funda en la *l.* 72. *D. pro soc.* Pero como se observa lo mismo en la comunion de bienes, la cual se hace aun por caso fortuito. *l.* 25. §. 16. *D. fam. ercisc.*, es mas probable que esto proceda de que el socio parece que aprueba el cuidado que presta el otro socio, toda vez que no se separa de la sociedad, pudiendo hacerlo libremente.

948. Cuando no se espresan las partes de ganancias ó pérdidas que á cada uno corresponden, las utilidades y perjuicios se dividen á prorata de lo que cada uno llevó á la sociedad, *l.* 6. *l.* 80. D. *e. t.*; pero si se espresan, se observarán aunque sean desiguales, §. 1. *Inst. e. t. l.* 29. *pr.* §. 1. *D. e. t.* Cuando uno pone el capital y otro la industria, entonces son comunes las ganancias y pérdidas, mas no el capital, §. 2. *Inst. e. t. l.* 52. §. 2. D. *l.* 1. *C. e. t.*

949. Por tanto, las cosas comunes se dividen acabada que sea la sociedad. Esto sucede: 1.º por la muerte natural ó civil, aunque sea de uno de los socios, §. 5. *Inst. l.* 63. §. *ult. D. e. t.*, no obstante que se hayan convenido en que la sociedad pase á los herederos (*), *l.* 35. *l.* 59. *D. e. t.*; 2.º por el mútuo disenso, *l.* 63. §. *ult. D. e. t.*, ó por la renuncia de alguno de los socios, §. 4. *Inst. e. t.*, no obstante que los contratos bilaterales no se disuelven contra la voluntad de uno de los contrayentes, pues en la sociedad por lo odioso que es obligar á uno

---

947. *Todos los bienes*) Escepto los que provienen de hurto ó de otro delito, *l.* 53. *D. e. t.*

Gaste mas) A no ser que pagare una multa por haber cometido un delito, *l.* 52. §. 18. *D. e. t.*

948. *A prorata*) Es decir, en proporcion geométrica atendiendo al dinero y al trabajo que se puso, pues aunque no son de este parecer Conano en sus *Comm. jur. civ. lib.* 7. *cap.* 13., y Taldeno, *Comm. al tit. del C. pro. soc. cap.* 5., la equidad natural aprueba que no se observe la igualdad aritmética sino la geométrica.

Desiguales) Como si pactasen los socios que perteneciesen á uno las dos partes de las ganancias y de las pérdidas, ó dos partes de ganancias y una tercera de pérdidas, ó que tenga parte en el lucro y no en las pérdidas, pues en tales casos se suple la igualdad por el mayor valor ó precio de la industria que dicho sócio comunica §. 1. *de la Inst. e. t.*

Mas no el capital. Y asi disuelta) Pero si la industria que puso el uno valiese mas que el capital que puso el otro, juzgan algunos justo que se comunique el capital. V. Vin *Quæst. select. lib.* 1. Lo mismo seria si se comunicase la industria con el mismo dominio del capital. V. á Grot. *de jur. bell. et pac. lib.* 2. *c.* 24.

949. *Pase á los herederos*) Pues lo que dejó invocado el difunto debe ser cumplido por el heredero, *L.* 21. §. 2. *D. de neg. gest.*

De la sociedad) Si la sociedad se formó por cierto espacio de tiempo, y se sepa-

á que comunique sus bienes con otro, se permite que los socios se separen de la sociedad espresa ó tácitamente, *l.* 77. §. 20. *fin. D. de leg.* 2. §. 4. *Inst. e. t.*, *l.* 64. D. *e. t.*, ya sea que se pacte espresamente ó no, *l.* 14. *l.* 70. D. *pro soc.*, con tal que no lo hagan dolosa ó intempestivamente, §. 4. *Inst. l.* 14. *y* 17. §. 1. *l.* 65. §. 3. *D. e. t.*

(*) La obligacion derivada del contrato de sociedad pasa á los herederos, *ll.* 35. 36. 40. 63. §. 8. *D. e. t.*, pero no la misma sociedad; de suerte que no se les puede obligar á continuar en ella á menos que sucedan en la sociedad que se forma para el arrendamiento de rentas públicas (*in societatem vectigalium*), *l.* 59. *D. e. t.* Los socios sin embargo pueden pactar que aunque muera uno de ellos los demas continuen en la sociedad, §. 5. *Inst. e. t. l.* 65. §. 9. *D. lug. cit.*

950. Tambien se acaba: 3.º fenecido el negocio para que se celebró, §. 6. *Inst. l.* 65. §. 10. D. *e. t.*; 4.º transcurrido el tiempo que habia de durar, *l.* 65. §. 6. D. *e. t.*; 5.º por la cesion ó confiscacion de bienes de un socio, §. 7. 8. *Inst. l.* 65. §. 1. *D. e. t.*; 6.º por la destruccion de los bienes de la sociedad, *l.* 63. §. *ult.* D. *lug. cit.*

951. De este contrato nace la accion *pro socio* directa por ambas partes, con la cual un socio procede contra otro ó contra sus herederos para que traigan á juicio todos los bienes comunes, rinda cuentas, se comuniquen las ganancias, y se paguen los daños causados aun por culpa leve en concreto.

952. De aqui se manifiesta, que esta accion solamente se dirige á las prestaciones personales; y por lo mismo, acabada que sea la sociedad no puede pedirse la division de los bienes comunes con la accion *pro socio*, sino con la *communi dividundo*.

»Las leyes de Partida sancionan los mismos principios que las romanas sobre esta materia. Con respecto al señalamiento de partes, solamente distinguen tres casos: señalamiento de partes hecho en el contrato: igual señalamiento pero limitado á la ganancia ó á la pérdida, y falta de pacto sobre este punto; cuyas decisiones se toman de las leyes romanas. *V. las leyes* 3. 4. *y* 13. *tit.* 10. *Part.* 5.»

---

ra de ella uno de los socios antes que se cumpliese el término, no hay duda que los demas socios tendrian accion contra él para indemnizarse del daño que su separacion les causase.

Dolosa) El que dolosamente renuncia la sociedad se hace partícipe de las pérdidas, mas no de las ganancias, *L.* 65. §. 3. *y* 6. *D. e. t.*

950. *Por la cesion ó confiscacion*) Porque en el primer caso, suceden los acreedores en lugar del socio, y en el segundo sucede el fisco, de suerte que se continua con él la sociedad.

951. *Sus herederos*) Pues aunque no pase la sociedad á los herederos (949.) sucederán en la obligacion que nace de este contrato, de suerte que podrán obrar y ser reconvenidos por los hechos del difunto.

En concreto) De aquí se sigue, que en los negocios que constituyen la sociedad estan obligados á prestar aquella esactísima diligencia que emplea un padre de familia diligentísimo en sus cosas.

TITULO XXVII.

Del mandato.

953. El último contrato consensual es el mandato. Este es un contrato consensual por el cual se obliga uno á administrar ó ejecutar gratuitamente un negocio honesto que otro le encomienda en confianza. (*)

(*) De aqui el contraerse el mandato antiguamente dándose la mano derecha en señal de amistad, Plaut. *captiv. act.* 2. *escen.* 3. *v.* 82., y obligándose los contrayentes, no tanto por un vínculo de derecho, cuanto de amistad, Ger. Noodt. *á las Pand. e. t.* De aqui es que Isidoro, Orig. *lib.* 4. *cap.* 4., deriva la palabra mandato de la dacion de la mano.

954. El mandato se diferencia: 1.º de la gestion de negocios, la cual es un cuasi contrato, que consiste en desempeñar uno voluntariamente un negocio que no se le ha encomendado; 2.º de la locacion, porque esta no es un contrato gratuito; 3.º del consejo, porque por este no se encarga una cosa ó negocio ageno, sino que solo se procura persuadirlo á otro, dejándole en libertad para hacerla ó no; asi es que no obliga, §. 6. *Inst. e. t.*, á menos que sea fraudulento, *l.* 47. *pr. D. de reg. jur.*; 4.º de la recomendacion, la que no obliga á aquel por quien se recomienda el negocio, *l.* 12. §. 12. D. *e. t.*; 5.º del precepto, por el cual solamente obligamos á los que estan bajo nuestra potestad.

955. El mandato se verifica espresa ó tácitamente. Espresamente, ó de palabra ó por escrito, sin necesidad de fórmulas, *l.* 1. §. 2. *D. e. t.* Tácitamente, cuando alguno estando presente deja que otro maneje sus negocios, *l.* 6. §. 2. *l.* 53. D.

---

953. *Mandato*) Acerca del origen del mandato puede verse á Noodt. *Probab. lib.* 4. *cap.* 12.

* *El mandato*) Ademas del pasage de Plauto aqui citado hay otro en Terencio, *Heautontim. art.* 3. *c.* 1. *v.* 84. que dice: *cedo destram*, *porro te idem oro ut facias Chremes.* *

954. *De la gestion de negocios*) Pero tambien este cuasi contrato puede degenerar en mandato, si accediese ratificacion, íntegro el negocio, pues la ratificacion se retrotrae al principio del negocio, *L.* 50. *D. e. t.* *

Fraudulento) A lo que pertenece tambien el caso de que alguno aconsejase á otro que cometiese un crimen, pues la accion se entablaria tambien contra aquel que con su ausilio y consejo cometió el delito. V. *el lib.* 4. *tit.* 1. *

* Esta regla falla si se añade que el que recomienda responde del peligro, en cuyo caso la recomendacion degenera en mandato. *Knorio.*

Obligamos) Lo cual establecieron los jurisconsultos no sin fundamento; pues siendo el mandato un contrato, y como este requiera el consentimiento de dos personas sobre una misma cosa, es consiguiente que nada pueda mandar el padre al hijo ni el dueño al siervo por la identidad de persona. *

955. *Deja*) Agréguese á esto el mandato presunto, v. gr., si uno desempeña negocios por su pariente ó el amigo por su amigo. Pero en tal caso se exije la caucion de rato de que se habló en el §. 126. *

956. El mandato es ó general ó especial, segun que se refiere ó á todos los bienes ó solamente á ciertas cosas, *l.* 58. *l.* 60. *l.* 63. *D. de procurat.*

957. Segun el modo de hacerlo tambien se divide en judicial, estrajudicial, *l.* 33. *pr.* §. 1. *l.* 35. §. 3. *l.* 43. *D. de proc.*, puro, á dia cierto y bajo condicion, §. 12. *Inst. l.* 1. §. 3. D. *e. t.*

958. Finalmente, el mandato es ó en cosa agena, cuando uno obra en nombre y en utilidad agena; ó en cosa propia, cuando uno obra en nombre de otro, pero en utilidad propia. Tal es el mandato que se impone al cesionario, *l.* 33. §. 5. *l.* 34. *D. de procur.*

959. De la misma definicion se infiere: 1.º que el mandato se contrae por el solo consentimiento, al que equivale la ratihabicion, *l.* 50. *D. e. t. l.* 60. *D. de reg. jur.;* 2.º que no pueden ser objeto del mandato las cosas ilícitas, pues ni de semejante mandato nace obligacion entre los contrayentes, §. 7. *Inst. l.* 6. §. 3. *l.* 22. §. 6. D. *e. t.;* 3.º que el mandato no admite merced, pero sí honorario, *l.* 6. *pr.* D. *e. t.*; 4.º que es nulo cuanto se hace traspasando los límites del mandato, y que en tal caso el mandante no se obliga por la conducta del mandatario, *l.* 5. *D.* §. 8. *Inst. e. t.*

960. Como el mandante deposita su confianza en el mandatario, se sigue; 5.º que este ordinariamente no puede sustituir su obligacion en otro; pero si lo hiciere, y el sustituto desempeña su encargo igualmente bien en utilidad del mandante, este queda obligado entonces en virtud de lo hecho, *l.* 8. §. 3. *l.* 46. *l. ult.* §. *fin. D. e. t.;* 6.º que por cuanto el mandatario recibe voluntariamente una obligacion en que se requiere suma industria, casi siempre está obligado á prestar la culpa levísima, *l.* 13. *l.* 21. *C. e. t.*; 7.º que el mandatario que no

---

958. *Al fin)* Diferéncianse estos mandamientos por razon de la legitimacion: aquel tiene que legitimar la persona que le dió el mandato, este su propia persona como cesionario; pues de lo contrario no se le admite, aunque posea de buena fe el título ó instrumento en que se hace la cesion. *

959. *Consentimienta)* Por lo cual se podia contraer sin necesidad de escritura, entre ausentes, por mensagero, por cartas y por cualquier clase de palabras, aunque fuesen precativas; por lo que dice Virgilio: *orans mandata dabat.* Cuj. *Obs. lib.* 27. *cap.* 39.

Obligacion) Aunque no hace obligacion alguna entre el mandante y el mandatario, ambos se obligan por el delito que cometan á sufrir el condigno castigo, y el perjudicado puede dirigirse contra ambos para obtener el resarcimiento del daño.

No se obliga) El que traspasa los bienes del mandato, se entiende no obra asi con respecto al mandato sino á su cuenta y riesgo ó á la de otra persona, V. Gell. *Not. Atic. lib.* 1. *cap.* 13. Pero es justo que se sostenga el mandato en la suma en que ambos se convinieron, lo que se estableció contra Casio y Sabino, autores de diversas escuelas. *Ll.* 4. *y* 33. *D. e. t.*, Cuj. *Obs. lib.* 12. *cap.* 34.

Id. No sucede asi en los delitos, porque el mandante que trató de hacer una cosa ilícita, dió ocasion y causa al esceso que hubiese. * Heinecio ilustró este punto con suma elegancia en su dis. *de oblig. mandant. et mandat. contempt.* 3. §. 18. *

960. *Igualmente)* Como si Pedro mandase á Juan que saliese fiador por él, y este mandase á su deudor que saliese fiador por Pedro, y asi lo verificare, pues en tal caso queda abligado Pedro á dar su aprobacion al mandato de Juan.

corresponde por dolo ó culpa lata á la esperanza de su amigo sea castigado con la pena de infamia (*), *l.* 1. *l.* 6. §. 6. D. *de his qui not. inf.* §. 2. *Inst. de pœn. tem. litig. l.* 21. *C. mand.* Cic. *pro Rosc. Am. cap.* 38.

(*) Hay de singular en este contrato, que no obstante que en los contratos de esta naturaleza solamente se castiga con pena de infamia á los condenados por dolo por la accion directa del contrato, aqui tambien el reconvenido por la accion contraria del mandato se hace infame si es condenado, á saber; si manda á otro que afiance por él y despues le niega dolosamente la indemnizacion, *l.* 6. §. 5. *D. de his qui not. inf.*

961. El mandato se acaba: 1.° por el mútuo disenso, §. *ult. Inst. quib.-mod. toll. obl.*; 2.° por la revocacion del mandante, con tal que se haga antes de haberse practicado algun acto en virtud del mandato, §. 9. *Inst. e. t.*; 3.° por la renuncia no intempestiva del mandatario, *l.* 11. *Inst. e. t. l.* 22. §. *ult.* D. *e. t.*; 4.° por la muerte de los contrayentes, *l.* 26. *l.* 27. §. 3. D. *e. t.*

962. Como en este contrato bilateral el mandatario se obliga desde el principio, y el mandante despues de hecho el negocio, nacen dos acciones de mandato, una directa y otra contraria, *l.* 3. §. 1. *D. e. t.*

963. El mandante establece la directa contra el mandatario ó sus herederos para que acabe el negocio de que se hizo cargo, ó pague lo que interese, *l.* 5. §. 1. D. *e. t.*; para que entregue la cosa adquirida con los frutos, en virtud del mandato, *l.* 8. §. *ult.* D. *lug. cit.*, y preste los daños causados por dolo y aun por culpa levísima.

964. La contraria se da al mandatario contra el mandante ó sus herederos para conseguir su indemnizacion.

»Por nuestro derecho, la *l.* 19. *tit.* 5. *part.* 3. declara inhábiles para »aceptar mandatos judiciales á los menores de 18 años; en las leyes »5 y 6 del mismo título se declaran inhábiles para ser procuradores, »la muger, los religiosos, los clérigos, el menor de 25 años, los locos,

---

961. *Algun acto (re integra)* En tal caso ningun perjuicio se sigue al mandatario, y asi no hay lugar á la accion contraria de mandato; tambien puede revocarse el mandato aunque se haya principiado á ejecutar, pero entonces el mandante está obligado á indemnizar al mandatario. *

No intempestiva) De lo contrario será condenado á pagar al mandante los perjuicios que se le causaren por la falta de ejecucion del mandato, á no ser que el mandatario renunciase por justas causas, v. gr. por enfermedad, por tener que ausentarse por causas del estado, y otras semejantes, *L.* 22. §. *ult. y sig. L.* 27. §. 2. *D. e. t.*

Al fin) ¿Y si se mandase hacer una cosa despues de la muerte? Se deberá distinguir, si se puede cumplir el mandato muerto el mandante, ó no; en el primer caso, no se atacaba el mandato, *L.* 14. §. 2. *D. de relig.*, pero sí espira en el segundo, *L. ult. D. de solut.* *

964. *Su indemnizacion)* Esto es, para que el mandante le suministre lo necesario, y restituya los gastos útiles y necesarios con los intereses, si el mandatario tomó dinero á rédito ó retiró el que tenia dado á ganancia, para tener con que ejecutar el mandato.

»los dementes, el mudo, el sordo, el encausado y los militares; con »respecto á los procuradores ó mandatarios para pleitos se acaba el »poder por la muerte del mandatario ó del mandante, aconteciendo »antes de la contestacion del pleito, pues contestado puede el manda»tario continuar el pleito hasta el fin, aunque sus herederos no lo ra»tifiquen, con tal que no constituyan otro apoderado, *l.* 23. *tit.* 5. »*Part.* 3. Con respecto á las obligaciones que nacen del mandato, las »leyes de Partida se limitan á decir, que el mandatario está obligado »á hacer la cosa porque recibe el mandato, y si para este fin pagase »algo, el mandante se lo debe abonar. Y si el mandatario hiciese al»gun engaño, para no cumplirlo, ó por su culpa viene daño al otro, »está obligado á resarcirle. *L.* 20. *tit.* 12. *Part.* 5.»

TITULO XXVIII.

De las obligaciones que nacen de cuasi contrato.

965. Hasta aqui hemos tratado de los contratos verdaderos: síguense las obligaciones que nacen de cuasi contrato, cuyo fundamento hemos esplicado en el §. 778.

966. Los cuasi contratos son unos hechos honestos que obligan aun á los que los ignoran en virtud del consentimiento que se presume, atendida la equidad ó utilidad. (*)

(*) Asi como los contratos se derivan del consentimiento verdadero, asi los cuasi contratos nacen del cuasi consentimiento, esto es, del consentimiento presunto ó fingido, *l.* 13. §. *ult. D. comm. div. l.* 3. *fin. D. ex quib. caus. in possess.*, pues si no se exigiese consentimiento verdadero ó fingido, entonces no habria fundamento para referirlos á los contratos, *l.* 23. *D. de reg. jur. l.* 49. *D. de oblig. et act.*

967. Los fundamentos principales del consentimiento presunto son los siguientes: 1.º se presume que cada uno consiente en aquello que le trae utilidad; 2.º nadie se presume que se quiere hacer mas rico con perjuicio de otro, *l.* 14. D. *de condict. indeb.*; 3.º el que quiere lo que antecede debe tambien querer lo que es consiguiente.

968. Los cuasi contratos son: 1.º la gestion de negocios; 2.º la tutela; 3.º la administracion de la herencia; 4.º la administracion de

---

966. *Hechos honestos)* Téngase cuidado en no deducir la definicion del cuasi contrato del *pr. de la Inst. e. t.* (pues lo que en ella se lee no es definicion, sino la conexion que hay entre los contratos y cuasi contratos); mucho menos deberá derivarse el cuasi contrato del consentimiento tácito, porque los que estan en la infancia puedan cuasi contraer, no obstante que no pueden consentir tácita ni espresamente. El fundamento de los cuasi contratos es él consentimiento presunto y fingido. ❁

967. *Lo consiguiente)* ❁ Por esta razon se obliga el maestre de un navio, el tabernero y posadero, en el caso de haber recibido cosas agenas para trasportarlas ó guardarlas á prestar el daño causado en ellas. ❁

los bienes comunes; 5.º la adicion de la herencia; 6.º la paga de lo indebido, y otros varios que se numeran en el Digesto.

969. I. La gestion de negocios es un cuasi contrato por el cual uno maneja espontánea, gratuita y estrajudicialmente los negocios de alguna persona, ignorándolo esta, §. 1. *Inst. e. t.* De aqui es, que el gestor de negocios no se puede confundir con el mandatario, con el procurador, ni con el defensor. El mandatario no se constituye sino por mandato, el defensor aun sin él; bien que no se hace cargo sino de negocios judiciales, siendo menester que preste caucion de estar á las resultas del pleito, *l.* 46. §. 2. D. *de procurat.* El gestor de negocios ni obra por mandato, ni defiende á otro en juicio, ni está obligado á dar caucion. Por este motivo, la muger puede ser gestora de negocios, *l.* 3. §. 1. *D. de negot. gest.*

970. Fingiéndose en este cuasi contrato que la persona que no tiene conocimiento del negocio consiente en él por razon de la utilidad que adquiere, y porque es injusto que se haga mas rica en perjuicio de otro, se sigue: 1.º que el gestor de negocios debe obrar útilmente, y por lo mismo está obligado á prestar la culpa leve; 2.º que si él se ofrece, prefiriéndose á otros, presta hasta la culpa levísima; 3.º si se hace cargo del negocio por urgente necesidad, solo es responsable por el dolo y culpa lata, *l.* 3. §. 9. *D. lug. cit.*; y 4.º si toma sobre sí negocio espuesto á muchas casualidades, y que el dueño ausente no acostumbra hacer, entonces presta aun el caso fortuito, *l.* 11. *D.*, *l.* 20. *C. de neg. gest.* §. 1. *Inst. e. t.*; 5.º que está obligado á dar cuentas al dueño, y á restituirle lo que sobrare con las usuras, *ll.* 2. 23. 30. D. *e. t.*

971. Infiérese tambien que el gestor de negocios obliga á aquel cuyos negocios maneja, aunque sea sin su conocimiento, aunque sea

---

969. *Ignorándolo)* Otros autores dicen, de un ausente, entendiéndose aqui por ausente el que no lo contradice, ni presente interviene ni maneja sus cosas por sí mismo. Por lo que se verifica gestion de negocios con respecto á los furiosos, á los pupilos y á los póstumos. *Estor.*

Al fin) De lo que se sigue que la gestion de negocios solo versa acerca de los negocios estrajudiciales, pues la muger no puede pedir por otro en juicio segun la *ley* 1. *D. de post.* ✠ Tambien el pupilo puede ser gestor de negocios. *L.* 3. §. 4. *D. de neg. gest.*

970. *Leve)* Por lo regular está obligado á prestar la culpa levísima, porque tomó por sí ó se introdujo en los negocios agenos. *L.* 23. *D. de reg. jur.* §. 1. *Inst. e. t.* y en el Vin.

Culpa lata) Porque entonces parece que no quiso obligarse á mas de lo que se acostumbra entre amigos.

Si toma) Añádase la especie que se espresa en la *ley* 13. *D. de neg. gest.*

Presta) Si bien se considera que no presta aqui el gestor de negocios el caso, sino la culpa; pues es culpa é imprudencia esponer las facultades agenas á mil peligros, puesto que un prudente padre de familias no lo acostumbra á hacer á no tener muchos bienes con que poder resarcir los daños que reciba. ✠

Las usuras) Y estará obligado á pagar las usuras mayores si convirtió en sus propios usos el dinero de aquel de quien fue gestor. *L.* 38. *D. de neg. gest.*

furioso; y aun en caso de errar en la persona, *l.* 3. §. 5. *l.* 5. §. 1. D. *de negot. gest.* Que la obligacion del ausente no se estingue si despues de haber el gestor promovido su utilidad se destruye esta por caso fortuito, *l.* 10. §. 1. *l.* 12. §. 2. *D. lug. cit.* Que el ausente debe indemnizar al gestor de negocios, *l.* 2. *l.* 27. *l.* 31. *l.* 45. D. *lug. cit.*

972. Segun lo que hemos dicho, el gestor de negocios se obliga desde el principio por la naturaleza del mismo contrato, y el ausente despues de hecho el negocio. De lo que se sigue, que de este cuasi contrato nacen dos acciones, una directa y otra contraria, §. 1. *Inst. e. t.*

973. La directa se da al dueño contra el gestor de negocios ó sus herederos para la rendicion de cuentas, restitucion de las cosas que tenga en su poder, y prestacion de culpa segun el modo de la gestion.

974. La contraria compete al gestor de negocios ó á sus herederos para exigir la indemnizacion, § 1. *Inst. e. t.* Esta accion no tiene lugar si no se promovió la utilidad del ignorante, *l.* 10. §. 1. *l.* 15. *l.* 27. D. *de negot. gest.*, si se gestiona por el que se opone ó prohibe la gestion, *l.* 8. §. *ult. D. l. ult. C. lug. cit*; ó si alguno gestiona movido de compasion ó con intencion de donar, *l.* 27. §. *fin. l.* 34. *y* 44. D. *l.* 11. *l.* 13. *l.* 15. *C. lug. cit.*

975. II. La tutela es un cargo público, pero del cuasi contrato nace obligacion entre el tutor y el pupilo, §. 2. *Inst. e. t.* En este sentido la tutela es un cuasi contrato por el cual, encargándose el tutor del cuidado del pupilo y de la administracion de sus bienes, se obliga á rendir cuentas y á prestar una esacta diligencia (*), mientras que este se constituye á indemnizar al tutor.

(*) Por tanto este tiene obligacion de prestar la culpa leve, *l.* 23. *de reg. jur.*, y la levisima, si se ofrece voluntariamente, §. 1. *Inst. de satisdat. tutor.* Los herederos solamente estan obligados al dolo y culpa lata, *l.* 1. *C. de hær. tut.*

976. De este cuasi contrato nace la accion de tutela directa y contraria.

---

971. *Furioso)* Y aunque no esté en la naturaleza de las cosas, como los que han de nacer. *L.* 2. *D. de neg. gest.* ✠

Se destruye) El fundamento de esta decision se halla en el axioma arriba espuesto §. 785., por el que se manifiesta que nunca le presta el caso fortuito por los contrayentes á no ser que fueren morosos y ocurriese durante su morosidad, ó que lo tomasen sobre sí. ✠

974. *Del que se opone)* En este caso es muy prudente que el que gestionó por otro que se lo prohibia, v. gr. pagando por él, haga que se le cedan los derechos, pues entonces aunque no puedan obrar como gestor de negocios podrá en virtud del derecho cedido. ✠

975. *Diligencia)* Generalmente debe distinguirse los casos en que el tutor debe ser reconvenido por este cuasi contrato ó por delito. Deberá serlo del primer modo si se le quiere obligar á que desempeñe su cargo; del segundo, si se trata de que se le imponga una pena por no haber cumplido con su oficio, á lo cual pertenecen las acciones de testor sospechoso y de revisor de cuentas. ✠

977. La accion directa de tutela compete al pupilo, acabada la tutela, contra el tutor ó sus herederos para pedir las cuentas y el resarcimiento de los daños causados por culpa leve, cuando se procede contra el tutor, y por culpa lata, cuando se entabla contra los herederos, *l.* 1. *pr.* D. *de tut. et rat. distr.*

978. La contraria se da al tutor contra el pupilo para cobrar las impensas y para la indemnizacion, si ha desempeñado la tutela como un diligente padre de familia, *l.* 1. *pr. D. de contr. tut. et util. act.*

979. Ambas acciones útiles de tutela se dan por la misma razon á los menores y curadores, *l.* 1. §. 2. *D. de contr. tut. et util. act.*

980. III. IV. La comunion de la herencia y de las cosas no son cuasi contratos, sino derecho en la cosa, á saber, en la herencia ó en la cosa comun; pero el administrador de la herencia y de los bienes comunes cuasi contrae, se obliga á dividir los bienes comunes y á dar cuentas, y se compromete respecto del socio ó del coheredero á ciertas prestaciones personales, *l.* 3. §. 4. *Inst. e. t.*

981. De ambos cuási contratos nacen acciones dobles, *l.* 2. §. 3. *l.* 44. §. 4. D. *fam. erc. l.* 2. §. 1. D. *comm. divid.*; del uno, la de la division de toda la herencia (*familiæ esciscundæ*), y del otro, la de la division de los bienes comunes (*communi dividundo*).

982. La accion *familiæ erciscundæ* se da al coheredero contra el coheredero (no contra el poseedor que tiene los bienes hereditarios por título singular, *l.* 2. *pr. l.* 25. §. 7. *D. fam. erc.*) para dividir la herencia comun, escepto las deudas activas y pasivas, que se dividen *ipso jure* entre los coherederos, *l.* 2. §. *ult. l.* 4. *pr.* D. *l.* 6. *C. fam. erc.*; mas no se dividirán las cosas de uso prohibido, *l.* 4. §. 1. 2. *D.*

---

980. *La comunion de cosas)* Diferéncianse estas dos comunicaciones por razon del objeto: en la primera es comun un derecho universal, esto es, la herencia; en la segunda se comunican cosas singulares como un campo, un prédio, una casa. ✪

A dividir los bienes) La comunion ó comunicacion se define; el dominio que compete á muchas personas en una misma cosa. Asi pues, cuando se pide la division de las cosas comunes se obra por accion real; si se pide la comunicacion de las ganancias y pérdidas, la accion nace de equidad con ocasion de la administracion. *Knorio.*

981. *Acciones dobles)* Llámanse asi aquellas que pueden intentar ambas partes, bien como actores ó como reos, en cuyo caso se tiene sin embargo por actor el que primero compareció en juicio, si ambos provocaron el juicio á un tiempo mismo, el que propuso primero su derecho; si ambos lo propusieron á un mismo tiempo, el que designe la suerte. ✪

982. *Al coheredero)* Ya posea ó no la herencia. *L.* 1. §. 1. *D. fam. ercisc.*

El coheredero) Por lo que se ve la diferencia de esta accion de la peticion de la herencia; por medio de esta, nos dirigimos no contra aquel que reconocemos por heredero, sino contra aquel que posee como heredero ó como poseedor; aquella se entabla siempre contra el que reconocemos por heredero. *L.* 1. §. 1. *D. e. t.* ✪

Dividen) De suerte que si alguno debia al difunto 6000 y hubiese tres herederos, tiene cada uno accion *ipso jure* á los 2000. *Ll.* 2. *y* 4. *pr. D. b. C. fam. ercisc.* ✪

De uso prohibido) Como las malas medicinas, los venenos, las cuales se han de destruir al punto, y lo que se adquirió por crimen de peculado, sacrilegio, fuerza ó robo.

lug. cit., ni los instrumentos comunes, *l.* 5. D. *lug. cit.* Dase tambien para conseguir ciertas prestaciones personales, v. gr.: la restitucion de las impensas y de los daños, *l.* 16. §. 4. *sig. l.* 17. *l.* 25. §. 16. *l.* 29. *l.* 44. §. 3. *y ult.* D. *lug. cit.*

983. La accion *communi dividundo* se establece por el socio contra el socio para dividir los bienes comunes, *l.* 1. *D. comm. div.*, y conseguir las prestaciones personales, *l.* 3. *pr.* D. *lug. cit.*

984. El coheredero debe prestar al coheredero, *l.* 25. §. 16. *D. fam. erc.*, y el socio al socio en la cosa comun, *arg. l.* 25. D. *lug. cit.*, la culpa leve en concreto. La razon la dimos ya en el §. 747. *

985. V. La adicion de la herencia es un cuasi contrato por el cual se supone que el que ade la herencia contrae con los legatarios y fideicomisarios (*), obligándose á prestarles los legados y fideicomisos, §. 5. *Inst. l.* 3. *sig. quib. caus. in poss. eat. l.* 1. *C. comm. de legat.*

(*) Mas no con los acreedores, pues estos proceden contra el heredero, no en virtud del cuasi contrato de la adicion, sino directamente en razon de los hechos del difunto, *l.* 49. *D. de oblig. et act. Nov.* 48. *præf. v. cum utique*, pues todas las obligaciones de este pasan al heredero luego que ade la herencia, *l.* 2. §. 2. *D. de verb. oblig. l.* 59. *D. de reg. jur.*

986. Nace de este cuasi contrato accion personal *ex testamento*, la cual se da á aquellos á quienes se debe alguna cosa en testamento contra el heredero que ade, para que entregue los legados y fideicomisos con las acciones é intereses debidos desde el tiempo de la tardanza en la entrega, y para que satisfaga los daños causados aun por culpa levísima, *l.* 47. §. *penult. de legat.* 1. *l.* 33. *pr.* D. *de legat.* 2. *l.* 17. *D. de duob. reis.* §. 5. *Inst. e. t.*

987. Finalmente, la paga de lo indebido es un cuasi contrato por el cual, pagando uno por error de hecho (*) lo que no debe por dere-

---

Comunes) Los instrumentos comunes, las escrituras &c., se depositan en poder del heredero en parte mayor, ó en poder del mas anciano, pudiendo pedir los demas una copia. *

983. *Al fin*) Siendo esta accion mista, puesto que se deriva parte del derecho en la cosa, esto es, del condominio y parte del derecho á la cosa, esto es, del cuasi contrato, es consiguiente que la peticion debe apoyarse ó derivarse de ambos derechos. *

985. *Se presume que cuasi contrae*) Pues no debiendo el difunto los legados y los fideicomisos, debe existir un fundamento particular para que el heredero esté obligado á pagar estas cosas, cuyo fundamento no es otro que la adicion de la herencia y el cuasi contrato que va unido á ella. *

Al fin) Síguese aqui á Bacovio á la *Inst. e. t.* y á otros autores que opinan que el que ade la herencia no se obliga por el cuasi contrato de la adicion á satisfacer á los acreedores del difunto, sino que el heredaro queda obligado á ellos por el contrato hecho con el difunto, puesto que aquel es sucesor en todos sus derechos. Pero hay quienes opinan con Ulpiano, *l.* 3. §. *ult. D. quib. ex caus. in poss. eatur.* que el heredero queda obligado á los acreedores por el cuasi contrato. *Estor.*

986. *Tardanza*) Para saber cuando alguno fue moroso, se ha de consultar el título de las *Pandectas*, *quando dies legati vel fideicomissi cedat*, con tal que no hubiere culpa por parte del heredero.

cho natural, obliga al que recibe la paga por ignorancia á la restitucion, §. 6. *Inst. e. t.*

(*) Segun muchos intérpretes se reusa la repeticion al que paga por error de derecho. Esta distincion entre el error de hecho y el de derecho, establecida indudablemente para los fideicomisos, cuando se ha omitido detraer la cuarta Falcidia (Paulo, *fr.* 9. §. 5. *de jur. et fact.*), ¿se aplica por regla general á todos los demas pagos? La afirmativa parece incontestable segun las constituciones de Constantino y de Maximiano (*C.* 6. *y* 10. *de jur. et fact. ignor.*). V. Diod. y Max. *de cond. ind.* Los testos del Digesto y de las Institutas hablan siempre del error, sin distincion (Ulp. Pomp. Cels. Papin. *fr.* 1. 7. 47. 54. *y* 59. *de condit. indeb.*), de modo que parece autorizar la repeticion por error de derecho. Ulpiano la concede espresamente, pero *benigne*, y despues de haber dudado (*fr.* 1. *ut in poss. legat.*); su decision parece establecer mas bien una escepcion que un principio. Pero independientemente de estas autoridades, no comprendo que la naturaleza de uno ú otro error haga la repeticion mas ó menos justa. La ignorancia de derecho no aprovecha á nadie, para servirse de ella, para adquirir, por ejemplo, la usucapion (Pomp. *fr.* 4. *de jur. et fact.*); asi como no daña cuando se trata de evitar pérdidas, no impidiendo á nadie reclamar lo que le pertenece. (Papin. *fr.* 7. y 8. *de jur. et fact. ignor.* V. Vin. aqui. Du Caurroy, *Inst. de Just. expliq. e. t.* (*Nota del Traductor.*)

988. Siendo el fundamento de este cuasi contrato la paga ejecutada por error de hecho, se sigue: 1.° que el que paga á sabiendas lo que no debe se supone que lo hace con ánimo de donar, *l.* 53. D. *de reg. jur. l.* 1. §. 1. *D. de condict. indeb.*; 2.° que el que paga por ignorancia de derecho no puede recobrar lo pagado; *l.* 10. *C. l.* 9. *pr.* D. *de reg. jur. et fact. ign. l.* 6. 7. *C. de cond. indeb. l.* 9. *C. ad leg. Falc.*, á no ser que sea menor, muger ú otra persona á quien se escusa la ignorancia del derecho, *l.* 9. *D. de jur. et fact. ign.*; 3.° que si el error recae en la persona, siempre hay lugar á la repeticion, *l.* 19. §. 1. *l.* 65. §. *ult. D. l.* 5. *C. de cond. indeb.*

989. Siendo necesario que no se deba naturalmente lo que se paga, se deduce que lo que se debia por derecho natural aunque no se debiese por el civil no puede repetirse, *l.* 13. *l.* 19. *l.* 38. D. *de condict. indeb.*, á no ser que la ley repela enteramente la obligacion natural, como sucede en la obligacion de los pupilos, de los pródigos, de las mugeres fiadoras, *l.* 127. *l.* 6. D. *de verb. oblig. l.* 41. D. *de con-*

---

987. *Por ignorancia)* Pues si sabiendo que no se le debia una cosa la recibiese, no se usará de la condicion de lo indebido, sino de la condicion furtiva, porque se apropió una cosa agena contra la voluntad de su dueño con objeto de lucrar. *

988. *Muger)* Y tambien si militar ó rústico en quienes no es fraudulenta la ignorancia del derecho, siempre que se trata de evitar un daño; aunque con respecto á los rústicos, no les escusará la ignorancia si hubiese jurisconsultos de quienes aconsejarse. *L.* 9. *D. de jur. et fact. ignor.* * V. *las L.* 8. *d. l.* 9. *pr* §. 3. V. Cujacio. *Obs. lib.* 5. *cap.* 39.

989. *Por derecho civil)* Debe siempre distinguirse, si el derecho civil da solamente escepcion, como el senado-consulto Macedoniano, ó accion y escepcion juntamente como en el Veleyano. En el primer caso, cesa la repeticion de lo indebido, en el segundo, es siempre licita. *

dict. ind. l. 16. §. 1. D. *ad SC. Vellej.* Que si se paga lo que no se debe ni por derecho natural ni civil, ó lo que solo se debe por derecho civil, puede repetirse, *l.* 29. *y* 22. *l.* 26. §. 3. 7. *l.* 40. *l.* 54. *l.* 56. *D. de condict. indeb.*

990. Por cuanto en el que recibe se requiere ignorancia, es claro que puede repetirse, no solo en virtud de cuasi contrato, sino tambien de delito lo que otro recibe dolosamente; y por lo mismo en este caso no solamente se da accion para repetir la cantidad, sino tambien condicion furtiva, *l.* 18. D. *de condict. furt.*

991. De este cuasi contrato nace la condicion de lo indebido, cuya accion es de estricto derecho, y compete al que paga por error lo que no debe contra el que recibe ó su heredero, para que restituya lo que se le ha pagado con los frutos y accesiones, *l.* 15. *pr. l.* 65. §. 5. *D. de condict. indeb.*, mas no con las usuras (§. 781. *), *l.* 1. *C. e. t.*

992. Esta condicion fácilmente se distingue de las otras, pues el que paga no por error sino por cierta causa honesta y futura, la cual no se verifica despues, puede repetir lo que dió con la condicion causa dada, causa no seguida, *l.* 1. *sig.* D. *de condict. caus. dat.* El que da por causa futura y hay torpeza solamente de parte del que recibe, tiene la condicion por causa torpe, *l.* 1. *pr.* §. 1. 2. *D. de condict. ob turp. caus.* Por último, el que da simplemente sin ninguna causa, no puede usar de ninguna de las dos condiciones anteriores; pero puede pedir la restitucion de la cosa con la condicion sin causa, *l.* 1. *sig.* D. *de condict. sine caus.*

»Por derecho español y segun la *ley* 30. *tit.* 12. *Part.* 5., el que »administra *debe facer de guisa que por su culpa nin por engaño »que el faga non se pierda ni menoscabe ninguna otra cosa*, con lo »que parece exigir de él un mediano cuidado; pero segun la 34. *del »tit. cit.*, si uno se encargare de la administracion de los bienes de »un ausente, cuando la queria tomar otro muy cuidadoso, se le im»putare el dolo, culpa y negligencia. Con respecto á la paga de lo

---

990. *Recibe)* Sin que obste lo que dice Vinnio al §. 8. *de la Inst. e. t.*, que el que recibe lo que sabe que no se le debia no se apodera de una cosa agena contra la voluntad de su dueño; pues en la *ley* 43. *pr. D. de furt.*, se lee, que el que se finge acreedor, comete hurto si recibiese alguna cosa, esto es, si antes amenazase al deudor para que se la diera. ✿

Furtiva) No obstante, no se dará fácilmente contra él accion de hurto en el duplo ó en el cuádruplo, porque esta accion es famosa, y porque no debe mancillarse temerariamente la fama de los hombres. ✿

992. *Del que recibe)* Pues siempre que hay torpeza de parte del que da, ó del que recibe, cesa la escepcion; como si un ladron diere dinero para que no se le descubra, ó para que se sentencie contra justicia, *L.* 3. *l.* 4. *pr.* §. 1. 3. *D. de condict. ob turp. vel injust. causs.*

Sin causa) Aqui causa es lo mismo que título, por lo que hay lugar á esta accion, siempre que poseyese otro una cosa nuestra sin título, como si se diese un recibo al acreedor y este no entregase el dinero. ✿

»indebido, cesa la restitucion si el pago se hizo á título de transac- »cion, de adote ó de arras, sin limitarse al caso en que sea la madre »la que pague. *L.* 35. *del tit.* 14. *Part.* 5.»

TITULO XXIX.

De las personas por medio de las cuales adquirimos obligacion.

993. Adquiérense las obligaciones por medio de las mismas personas por las que adquirimos los bienes. Mas habiendo tratado estensamente de esta materia en el *lib.* 2. *tit.* 9. §. 435., ahora solo nos resta añadir que en la obligacion nacida de los contratos se atiende al principio de la cosa (*), *l.* 78. *pr. in fin.* D. *de verb. oblig.;* y por tanto la condicion existente se retrotrae al principio, *l.* 11. §. 1. D. *qui potior. in pign.*

(*) Lo contrario sucede en los legados, pues subsisten desde que cede el dia, *l.* 18. *D. de reg. jur. l.* 5. §. 2. *D. quand. dies leg. ced.*

994. De cuyo axioma se sigue: 1.º que el hijo de familia adquiera para el padre, y el esclavo para el amo, aunque estipulen para el caso en que sean hombres de su derecho, *l. ult.* D. *de stipulat. servor.;* 2.º que el padre y el amo adquieran la obligacion, aunque la condicion se cumpla emancipado ya el hijo, *l.* 78. *pr.* D. *de verb. oblig.*

TITULO XXX.

De los modos de estinguirse las obligaciones.

995. La obligacion se acaba ó por escepcion ó *ipso jure.* Diferéncianse estos dos modos de acabarse: 1.º en que del primer modo no se acaba, á no ser que la escepcion se oponga en juicio, *l.* 27. §. 2. D. *de pact.*, del segundo se estingue en virtud de la ley, y aun antes que se alegue su estincion: 2.º de la obligacion acabada del primer modo no nace accion, de la que se acaba del segundo nace, pero se destruye con escepcion.

996. Los modos de estinguirse las obligaciones *ipso jure* son ó comunes á todos ó á la mayor parte de los contratos, como la paga,

---

993. *Se retrotrae*) Asi es que cumplida la condicion no se atiende al estado que tienen el hijo ó el siervo en el tiempo de cumplirse la condicion, sino al que tenian al tiempo de contraerse la obligacion; y como en aquel tiempo adquirian para su padre ó para su señor, y la condicion se retrotrae, esto es, se presume cumplida entonces, lo que se adquiriese será tambien del padre ó del dueño, aunque el hijo ó el siervo hubieran salido ya de este estado al tiempo de cumplirse la condicion. *

995. *Ipso jure*) Para entender esta distincion del derecho es muy util leer la disertacion de Henr. de Coceyo *de eo quod fit ipso jure.* *

compensacion, confusion, oblacion y consignacion, destruccion de la cosa y novacion; ó propios á cierta especie de contratos, como la aceptilacion y el mútuo disenso.

997. Estos se fundan en la regla de derecho: nada es tan natural como que una cosa se disuelva del mismo modo que se constituyó, *l.* 35. *l.* 100. D. *de reg. jur.*

998. El primer modo comun es la paga, la cual es la verdadera satisfaccion de lo que se contiene en la obligacion, *l.* 176. D. *de verb. sign.*, pues aqui no se toma en términos generales, v. gr.: dando una cosa por otra, sino aquello que verdaderamente se debe, *l.* 49. D. *de solut. pr. Inst. e. t.*

999. Debiendo darse alguna cosa por medio de la solucion, se sigue que puede pagar y quedar exento de la deuda el que tiene la libre administracion de sus bienes, §. *ult. Inst. quib. alien.*, ya sea que pague por sí ó por otro, mandándolo ó ignorándolo este, ó contra su voluntad, *l.* 23. *l.* 40. *l.* 53. D. *de solut.*, aunque el que paga por el invito no tiene recurso contra él, á no ser que el acreedor le ceda su derecho. (§. 886. *)

1000. De aqui se sigue: 1.º que el furioso, el pupilo y el menor no pueden pagar sin autoridad del tutor ó sin consentimiento del curador, §. *ult. Inst. quib. alien. lic. l.* 9. §. 2. D. *de auct. tut. l.* 3. *C. de in int. rest. min.;* 2.º que tampoco se les puede pagar sin autoridad del tutor, consentimiento del curador, y decreto del magistrado, §. 2. *Inst. quib. alienar. lic. l.* 15. *l.* 96. D. *de solut.*

1001. Siendo la paga verdadera prestacion de lo que se debe, se sigue: 1.º què no pueda pagarse una cosa por otra contra la voluntad del acreedor, *pr. Inst. e. t. l.* 2. §. 1. D. *de reb. cred.*, que no pueda hacerse la paga por partes, invito este, *l.* 9. *C. de solut. l.* 41. §. 1. *D.*

---

997. *Nada es tan natural*) Esta regla es de suma utilidad y uso en el derecho, y muchos autores por no hacerse cargo de ella no encuentran la razon de muchas disposiciones. Asi pues, no hay mas que atender á esta regla para saber la razon de por qué el matrimonio verificado por confarreacion se disuelve por el sacrificio llamado *diffarreatio*, y por qué el verificado por usucapion se disolvia por la interrupcion de esta. ✿

998. *En la obligacion*) De suerte que no se puede obligar á una persona á que reciba en paga, diversa cosa de la que se le debe, y si la recibiese voluntariamente, no se llamará paga, sino dacion en paga. ✿

1000. *Y decreto del magistrado*) Es muy conveniente exigir este requisito, cuando hay que pagar al menor alguna cantidad considerable, para que no se pueda pedir de nuevo dicha cantidad si no se convirtió en utilidad del menor. ✿

1001. *Una cosa por otra*) Como trigo por dinero. Pero bien se puede pagar en otra clase de monedas que la recibida, siempre que esto no perjudique al acreedor, *L.* 99. *D. de solut.* Algunas veces da legítimamente el deudor la estimacion de la cosa debida, como cuando se lega una cosa agena que no puede redimirse, y el heredero paga la estimacion. *V. á J. Voet. á las Pand. e. t. n.* 10.

Por partes) Lo contrario defiende Alciato, á quien cita Vinio al *pr. de la Inst. en e. t.* Mas para que se disuelva la obligacion debe prestarse lo que se debia desde un principio, que era el total.

de usur., á no ser que la deuda no esté liquidada en parte, *l.* 21. *D. de reb. cred.;* 3.º que tampoco puede hacerse en otro tiempo ni lugar que el convenido, *l.* 39. *D. de solut.*

1002. Disolviéndose la obligacion luego que se hace la paga verdadera, se deduce que el reo, los fiadores, las prendas é hipotecas quedan libres *ipso jure*, *pr. Inst. e. t. l.* 43. D. *de solut.;* pero en cuanto á las prendas se debe advertir que si existen otras deudas, el acreedor puede retenerlas, *tit. C. etiam ob chirogr. pecun. pign. ten.*

1003. El otro modo comun es la compensacion, y se define: descuento de las deudas y créditos recíprocos, *l.* 1. *D. de compens.*

1004. Verificándose la compensacion cuando hay deudas recíprocas, se sigue: 1.º que no pueden compensar los que tienen un crédito injusto, *l.* 14. D. *l.* 2. *C. de compens.*, ó meramente natural é incapaz de producir efecto, *l.* 30. *l.* 41. D. *de condict. indeb.*, ó ilíquido, *l. ult.* §. 1. *C. de compensat.*, ó contraido bajo de condicion ó desde dia, *l.* 7. *l.* 16. §. 1. *l.* 22. D. *lug. cit.;* 2.º que deba ser cierta la estimacion de ambas deudas, *l.* 4. *l.* 8. *l.* 12. *C. lug. cit.*, y por esto no se compensa la especie con el género, ni un género con otro diverso, *l.* 18. *pr.* D. *de pign. act. l.* 2. §. 1. *D. de reb. cred. l.* 16. *C. de solut.*, ni delito con delito, *l.* 2. §. 4. *l.* 13. §. 5. D. *ad. leg. Jul. de adult.;* 3.º que no tiene lugar la compensacion si las personas que compensan no son mútuos deudores y acreedores, *l.* 16. *pr. l.* 18. §. 1. *D. l.* 9. *C. de compens.*

1005. Descontándose la deuda y el crédito, se sigue; 4.º que la compensacion produce el mismo efecto que la paga, *l.* 4. *l.* 12. *C. de compens.*; 5.º que desde el momento en que se contraen deudas mútuas, ambas se estinguen, ó se rebaja una de ellas *ipso jure* hasta el equivalente de la suma que el otro debia (*), §. 30. *Inst. de act. l. ult. C. de compens.*

(*) Asi es por derecho nuevo, pues por derecho antiguo habia mucha diferen-

---

Liquidada) En tal caso se paga lo liquidado, y se espera á que lo ilíquido se liquide. *

En otro tiempo) Bern. Sutholt. defiende que puede hacerse la paga antes de cumplirse el término aunque no quisiera el acreedor. *Diss.* 15. §. 84.

1004. *Injusto)* Lo que se debe meramente por derecho civil no admite compensacion.

En otro diverso) Pero no hay compensacion con respecto á lo que se tiene en depósito, aunque ambas cosas depositadas sean del mismo género, *L. ult. C. de compensat.*

Con delito) Entendiéndose esto en cuanto á la pena, pues en razon del resarcimiento privado hay lugar á la compensacion.

1005. *Se rebaja)* Y desde el momento en que el crédito y el débito se hacen nuestros cesan las usuras, porque pagada la obligacion principal cesan tambien las accesorias.

* *De dolo malo)* Pero sin embargo, antes de la constitucion de Justiniano, y aun de Alejandro, ya estaba recibido entre los prudentes que se hiciese la compensacion *ipso jure*, tanto en los contratos de buena fe como en los de estricto derecho, como observa Cujacio, *Obs. lib.* 8. *cap.* 16.

cia entre los contratos de buena fe y los de estricto derecho. En aquellos la compensacion disminuia la deuda *ipso jure*; en estos por la escepcion de dolo malo, §. 30. *Inst. e. t.* (*nota al* §. 740.)

1006. El tercer modo comun de estinguirse la obligacion es la confusion, la cual se verifica cuando la obligacion del deudor y el derecho del acreedor se reunen en una misma persona, *l.* 75. *l. penult.* D. *de solut.*, pues obligándose por medio de los contratos una persona á otra, es claro que nadie puede deberse á sí mismo, y por lo tanto se estingue la obligacion.

1007. El cuarto modo es la oblacion y consignacion, por la cual se estingue la obligacion, si ofreciendo el deudor toda la deuda en lugar y tiempo legítimo, y no queriendo recibirla el acreedor, aquel la presenta y deposita en juicio con citacion de este, *l.* 19. *C. de usur. l.* 9. *C. de solut.*

1008. Hecho esto, el deudor queda libre de la obligacion, no solo en cuanto al capital, sino tambien en cuanto á las usuras, las cuales cesan inmediatamente, *l.* 19. *C. de usur.*, y en cuanto al peligro de la cosa, pues desde entonces no perece para el deudor sino para el acreedor, *l.* 9. *C. de solution.*

1009. El quinto modo comun es la destruccion de la cosa, el cual solamente pertenece á la deuda de especie, *l.* 23. *l.* 49. *pr.* D. *de verb. oblig.*; mas no á las que consisten en género y cantidad, porque estas no perecen.

1010. Estribando el fundamento de esta disposicion en que el caso fortuito recae sobre el dueño, se sigue: 1.° que la destruccion de la especie no liberta al deudor si ocurriese cuando estaba en morosidad, *l.* 23. *y* 49., á no ser que la cosa tambien hubiera de haber perecido en poder del dueño, *l.* 14. §. 1. D. *depos. l.* 15. §. *ult.* D. *de rei vind.;* 2.° que tampoco se liberta aquel por cuya culpa se perdió la cosa, *l.* 23. *fin.* D. *de reg. jur. l.* 23. *l.* 49. *pr.* D. *de verb. oblig.;* 3.° que los ladrones y violentos poseedores de ningun modo se libertan con la destruccion de la cosa, *l. ult.* D. *de condict. furt. l.* §. 34. *l. penult. D. de vi et vi arm.*

1006. *Se reunen*) Reúnense en una misma persona siempre que llega á ser el acreedor heredero del deudor, ó viceversa; pues en ambos casos sucede el heredero en los derechos del difunto, haciéndose juntamente deudor y acreedor. No sucede asi con respecto al heredero que ade la herencia á beneficio de inventario, pues la naturaleza de este beneficio impide la confusion, *l. fin.* §. 9. *C. de jur. deb.* ° Sin embargo, las obligaciones estinguidas por confusion se renuevan por varias causas, las cuales refiere Voet. *á las Pand. tit. de solut. n.* 7.

1007. *Citando*) Para que vea depositar el dinero.

1008. *Al fin*) Añádese que no debe admitirse esta consignacion, sino es con conocimiento de causa, porque muchas veces se intenta hacer por los deudores con el objeto de vejar á los acreedores. °

1010. *En morosidad*) Pues el que es moroso, procede con culpa, y por eso sufre el daño, tanto aquel como este. Pero no, si hubiese justa causa para la morosidad; v. gr., si el heredero debiese una especie y esta pereciere antes de haber podido establecer nada cierto acerca de la Falcidia. °

1011. El sesto modo comun es la novacion; esto es, la transfusion y traslacion de la primera deuda en otra obligacion civil ó natural contraida por medio de estipulacion, *l.* 1. *pr.* D. *de novat. l.* 27. §. 2. D. *de pact.*

1012. Siendo este modo comun á todos los contratos, es claro que todas las obligaciones civiles, pretorias y naturales pueden novarse por palabras, por consentimiento, ó de otro cualquier modo, en otras no solamente civiles sino tambien meramente naturales, v. gr. si el pupilo prometiese sin autoridad del tutor, *l.* 1. §. 1. *l.* 2. *l.* 5. *l.* 14. D. *lug. cit.*

1013. La novacion se divide en voluntaria y necesaria. Aquella se hace mediando estipulacion (*) por convencion de las partes, *l.* 2. D. *lug. cit.* Esta se verifica por la contestacion del pleito entablado en juicio, *l.* 29. D. *lug. cit.* Aquella se hace tambien ó sin delegacion ó con delegacion.

(*) Cuando se dice que los ausentes pueden librarse de sus obligaciones por medio de la novacion, *l.* 13. §. 10. *de acceptil.*, y que la delegacion se hace por consentimiento, por señas y por carta, *l.* 17. *D. novat. et deleg.*, se debe entender del mandato por el cual el delegante sustituye á otro, pues la misma novacion, esto es, la nueva obligacion del legado, se constituia entre presentes ó por procurador, mediando palabras solemnes ó estipulacion, *l.* 27. *D. lug. cit.* Paul. *sent. recept. lib.* 5. *tit.* 8.

1014. Se hace novacion sin delegacion siempre que permaneciendo mútuamente obligados, el mismo deudor y acreedor, se muda la especie de la obligacion, v. gr., si debiendo alguno por compra se constituye á pagar por estipulacion, §. 3. *Inst. e. t.*, ó se añade ó quita alguna cosa á la primera obligacion, v. gr., si se promete puramente lo que se debe bajo de condicion, §. 3. *Inst. e. t.*, ó no mudándose nada de la primera obligacion, se manifiesta la intencion de novar, debiendo hacerse esta manifestacion espresamente, pues de lo contrario, *l.* 2. D. *lug. cit. l. ult. C. lug. cit.*, subsisten la primera y la segunda obligacion, *l. ult. C. lug. cit.*

1011. *Translacion)* Debe advertirse acerca de este punto, que en la novacion que se hace de un crédito privilegiado se pierde el privilegio: de suerte que se pospone aquel acreedor á los demas, v. gr. si alguno convirtiese en mútuo los créditos hereditarios. ❁

1012. *Naturales)* En cuyo caso puede y suele suceder que el acreedor por haber novado su crédito no reciba nada ni del primer deudor, pues que con la novacion queda disuelta su obligacion, ni del posterior, puesto que solamente debe naturalmente, y que el derecho civil no le compele á pagar. ❁

1013. *Contestacion del pleito)* La litis contestacion es un cuasi contrato, asi que, los que debian anteriormente por otra causa, v. gr., por delito, deben por cuasi contrato en virtud de la contestacion del pleito. De aqui, que las acciones que solo duraban un año se conviertan en perpétuas, y que esten obligados los herederos por la litis contestacion, cuando anteriormente no lo estaban. ❁

1014. *Subsisten)* Asi pues, ó se deben contener las obligaciones anteriores en la nueva, ó se deben abolir enteramente, ó debe espresarse en la última obligacion que se entiendan las primeras estinguidas. No haciéndose asi, puede pedirse en virtud de todas ellas. ❁

1015. Por el contrario, la novacion con delegacion se hace siempre que se sustituye nuevo deudor al primero, *l.* 11. *pr.* D. *lug. cit.* El nuevo reo se llama espromisor, *l.* 8. §. 5. D. *de novat.*, ya sea que el mismo se delegue voluntariamente, *l.* 4. §. 1. D. *de manumiss.*, lo que hizo Paulo cuando medió por Onésimo, Philem. *v.* 18. 19. Zach. Huber. *Dissert. philol. jurid. lib.* 1. *dis.* 3. *cap.*, ya sea que se delegue por el primer deudor, precediendo mandato, *l.* 17. D. *de novat.*

1016. De lo dicho se infiere: 1.° que el primer deudor queda libre por medio de la delegacion, aunque el delegado no tenga despues con que pagar, *l.* 26. §. 2. D. *mand. l.* 3. *C. de novat.;* 2.° que la delegacion deba hacerse con consentimiento del acreedor y del delegado, *l.* 1. *l.* 6. *C. lug. cit.;* 3.° que regularmente media mandato entre el delegante y el delegado, y estipulacion entre el acreedor y el delegado, *l.* 1. §. 1. *l.* 17. D. *de novat.*

1017. De aqui es, que la espromision se distingue fácilmente de la fianza ó adpromision y del constituto, pues ninguno de estos dos pactos estingue la obligacion anterior. Distínguese tambien la delegacion de la cesion, pues por esta se muda la persona del acreedor aun contra la voluntad del deudor, *l.* 1. *C. lug. cit.*, y por lo mismo no es novacion, *l.* 3. *C. de novat.*

1018. La novacion voluntaria produce en cuanto á la primera obligacion los mismos efectos que la paga, §. 3. *Inst. e. t.*

1019. El efecto de la novacion necesaria ó de la contestacion del pleito es que despues de entablado el juicio la accion temporal se hace perpetua, y la penal, persecutoria de la cosa, *l.* 6. §. *ult.* D. *de re jud. l.* 26. D. *de oblig. et act.*, siendo este el motivo por que la accion penal se da tambien contra el heredero, §. 1. *Inst. de perpet. et tempor. action. l.* 1. *C. ex delict. def. in quant. hær.*

1020. Los modos de estinguirse las obligaciones y que son peculiares á ciertos contratos son la aceptilacion y el mútuo disenso.

1021. No siendo nada tan natural, segun los principios del derecho romano, como el que una cosa se disolviese del mismo modo que se constituia, se seguia: 1.° que la obligacion verbal se estinguiese

---

1017. *Se muda*) De donde resulta una gran diferencia entre la delegacion y la cesion; pues aquella no puede verificarse sin consentimiento del deudor y del acreedor, y esta se verifica aun sin el consentimiento del deudor, puesto que á él le es igual deber á una persona que ó otra. * Diferéncianse tambien en que puede hacerse cesion aun á aquel á quien nada se debe; pero la delegacion solo puede hacerse á un acreedor; el cesionario obra en virtud del derecho cedido; pero el delegatario por derecho propio, esto es, por la nueva promesa del delegado. *Knorio.*

1018. *Que la paga*) Estinguida la obligacion, es necesario que cesen tambien las que son un accesorio suyo, v. gr., los intereses vencidos en virtud de la morosidad, el privilegio que tenia la primera accion, como de dote, y las prendas y fiadores. Todo lo cual no tiene lugar en la delegacion necesaria.

1019. *Persecutoria de la cosa*) Asi es, que los herederos del difunto persiguen la injuria hecha á este. La razon en que esto se funda la esplica Hugo Donello, *Comm.* 15. 20. *Estor.*

por palabras, *l.* 35. D. *de reg. jur.* Por tanto la nuda remision ó el pacto de no pedir no estinguia la obligacion *ipso jure*, sino que solamente producia escepcion de pacto, §. 3. *Inst. de excep. l.* 7. §. 4. *l.* 27. §. 2. D. *de pact.* Pero la aceptilacion estinguia *ipso jure* la obligacion contraida por medio de estipulacion, *l.* 1. D. *de acceptilat.*

1022. Es pues la aceptilacion un acto legítimo por el cual, mediando la pregunta del deudor y la côngrua respuesta del acreedor, se disuelve la obligacion contraida por medio de estipulacion, *l.* 1. D. *de acceptil.* La fórmula era: ¿has recibido lo que te prometí? Lo he recibido, §. 1. *Inst. e. t.*

1023. Siendo acto legítimo, se sigue: 1.º que no puede hacerse por el tutor, el curador, ni el procurador, *l.* 3. *l.* 13. §. 10. D. *de acceptilat.*, ni tampoco bajo dia ni condicion, *l.* 4. *l.* 5. D. *lug. cit.*; pero lo que se debe de alguno de estos dos modos puede remitirse puramente con la aceptilacion, *l.* 12. *D. lug. cit.*

1024. Considerándose la obligacion como enagenada á consecuencia de estinguirse por la aceptilacion, se sigue, que si esta se hace por el pupilo sin autoridad del tutor, vale en lo que le es favorable, *l.* 2. D. *lug. cit.*, pero no perjudicial, *l.* 1. *C. lug. cit.* Que de este modo puede estinguirse la deuda en todo ó en parte, con tal que sea divisible por su naturaleza, §. 1. *Inst. e. t. l.* 9. *l.* 10. *l.* 13. §. 1. D. *de acceptilat.*

1025. Finalmente, de la definicion (§. 1022.), y del axioma (§. 1021.), se infiere, que la aceptilacion solamente pertenece á las obligaciones verbales, §. 1. *Inst. e. t. l.* 8. §. 3. D. *de acceptilat.*, y por lo mismo, si por medio de ella se estinguen otras obligaciones reales, literales ó consensuales, no se estinguen *ipso jure*, sino que como pacto de no pedir producen escepcion de pacto convenido, *l.* 8. *pr. l.* 19. *pr.* D. *de acceptilat.*

1026. Pero el sagaz Aquilio Galo (Cic. *de Nat. deor. lib.* 3. *cap.* 30. *de Offic. lib.* 3. *cap.* 14. *pro Cæcin. cap.* 27.) inventó un modo de estinguir por medio de la aceptilacion aun las obligaciones que no son verbales. Esta aceptilacion se llama estipulacion Aquiliana, §. 2. *Inst. e. t.*

1027. Esta consiste en sustituirse primeramente la obligacion en

---

1022. *Se disuelve*) Contrato es la obligacion de una y otra parte; la aceptilacion es la liberacion recíproca. La obligacion verbal es de derecho civil; no puede hacerse entre ausentes, ni se constituye por procurador; y lo mismo la aceptilacion.

Al fin) ¿Y para qué se exigia esta solemnidad de palabras cuando para la condonacion de la deuda basta la voluntad del acreedor de cualquier modo declarada, y cuando cualquiera puede renunciar el derecho introducido en su favor? Pero así lo exigia aquel principio de los romanos; lo que se constituyó solemnemente no puede quitarse sin solemnidad. ❁

1027. *Sustituirse*) Luego toda estipulacion Aquiliana consiste en dos actos; pues primeramente se nova la deuda por estipulacion, y despues se estingue esta obligacion por aceptilacion. Así, fácilmente se entenderá aquella fórmula oscura de que debia usarse y que se inserta en la *Inst.* §. 2. *e. t.* ❁

*

verbal por medio de la estipulacion, v. gr.: interrogando Ticio á Sempronio: Todo lo que me debes en virtud del mútuo (compra, quirógrafo, &c.), ¿me lo prometes de nuevo? Y respondiendo este: lo prometo. Despues esta nueva obligacion verbal se destruye con una nueva estipulacion preguntando Sempronio: ¿Has recibido lo que te prometí dar? y respondiendo Ticio: Lo he recibido. De este modo la aceptilacion se estiende aun á las obligaciones reales, literales y consensuales á que anteriormente no se estendia, §. 2. *Inst. e. t.*

1028. El otro modo de estinguirse las obligaciones peculiar de algunos contratos, á saber, el mútuo disenso, pertenece á los contratos consensuales, porque no siendo nada tan natural como el que una cosa se disuelva del mismo modo que se constituye, es muy justo que las obligaciones meramente consensuales se disuelvan por medio de un consentimiento contrario al que las formó, *l.* 35. D. *de reg. jur.*

1029. El mútuo disenso es una convencion contraria á la primera obligacion aun no cumplida, v. gr.: si se habian convenido dos en comprar una cosa y se convienen en no comprarla, §. *ult. Inst. e. t.*

1030. De lo que se sigue, que el contrato consensual solamente puede disolverse antes de llevarse á efecto, §. *ult. Inst. e. t.*; y por lo mismo, si entregada ya la cosa y pagado el precio quieren los contrayentes disolver la primera obligacion, no se estingue, sino que se celebra un nuevo contrato, §. *ult. Inst. e. t.*

1031. »Por nuestro derecho, produciendo obligacion los pactos se»rios, y por consiguiente no necesitándose de la estipulacion para cons»tituir obligacion, no hay diferencia entre el pacto de no pedir y la »aceptilacion para la estincion de las obligaciones. Por la misma razon »no se exige la solemnidad de la estipulacion para la forma de la no»vacion. *Ll.* 2. 15. *y* 16. *tit.* 14. *Part.* 5. Adviértase tambien con res»pecto á la novacion, que la circunstancia que requiere en general »la constitucion de Justiniano, á saber, que se esprese la intencion de »novar, la limita la *ley* 15. *cit.* á la delegacion.»

1030. *De llevarse á efecto*) A no hacerse en fraude de tercera persona, perjudicándole en su derecho por este contrato, ó que impida la ley la disolucion, como en el matrimonio entre los cristianos. V. *la Nov.* 117. *cap.* 10.

Un nuevo contrato) De lo que se sigue, que si se disuelve el contrato por mútuo disenso antes de llevarse á efecto, no se deben alcabalas, y al contrario, si despues de cumplido disienten los contrayentes, se deberán dos alcabalas, porque se verificaron dos contratos.

Al fin) Hay otros modos de estinguirse las obligaciones *ipso jure*, como por exigir la deuda por propia autoridad, por la muerte en las obligaciones que no pasan á los herederos, por mutacion de estado, etc. etc.

LIBRO CUARTO.

TÍTULO PRIMERO.

De las obligaciones que nacen de delito.

1032. Digimos que toda obligacion nace ó inmediatamente de la equidad ó de la ley, ó mediatamente en virtud de algun hecho nuestro. (§. 771.) Tambien digimos que este hecho es lícito ó ilícito, y llamamos á aquel convencion y á este maleficio ó delito. Habiendo tratado ya de las convenciones resta tratar de los delitos.

1033. Delito es un hecho ilícito cometido voluntariamente, por el cual queda obligado el que lo ejecuta, no solamente á la restitucion si puede hacerse, sino tambien á la pena. Concurriendo en todo delito hecho ilícito ó viciosidad del acto, y efecto ó daño inferido á otro, corresponde que aquel sea castigado con una pena, y que este sea reparado, Grocio, *der. de guer. y paz*, *lib.* 2. *cap.* 17. §. 32. Como los delitos solamente obligan á sus autores, *l.* 32. *C. de pœn.*, la pena no se impone sino á los que delinquen, *l.* 26. *D. lug. cit.;* mas la reparacion del daño puede pedirse tambien de los bienes.

1034. Es pues el delito ó verdadero ó cuasi delito. Aquel nace de dolo malo, este de culpa. (*)

(*) Aunque el daño causado injustamente puede resultar tanto por culpa como por dolo, §. 3. *Inst. de leg. Aquil.*, los jurisconsultos atendiendo á este le llamaron delito y no cuasi delito.

1035. El delito verdadero es ó público ó privado. Aquel se castiga en juicio y con castigo público: en este, como que se dirige directamente en perjuicio de los particulares la persecucion es privada. Tales son el hurto, la rapiña, el daño injustamente causado, y la injuria, *pr. Inst. e. t.* (*)

1034. *De culpa*) Esto es, de culpa propia, mas no de culpa agena, por mas que diga Struvio, trayendo por ejemplo las acciones de lo arrojado y suspendido, y contra los patronos de naves, taberneros y posaderos, pues estos no son reconvenidos porque se les impute culpa en el delito, sino porque tenian en su familia gente de malas costumbres. *L. penult.* §. 3. *D. de his qui effud. vel dejec.*

1035. *Público*) Delito público es el que se dirige ó atenta principalmente contra el estado, cuya acusacion es pública y compete á cualquiera del pueblo, de suerte que se llama crimen por escelencia.

(*) Los dos primeros suelen reputarse como públicos, porque no menos atentan contra la seguridad pública los hurtos y robos que los homicidios.

1036. El público, ó se deriva de alguna ley de los juicios públicos, *l.* 1. *D. de publ. jud.*, ó se persigue estraordinariamente aunque no exista ninguna ley sobre el particular. El primero se llama crimen ordinario, el segundo estraordinario. (*)

(*) En este sentido los delitos estraordinarios no son privados sino públicos, porque redundan tambien en detrimento del estado; tales son el delito de encarecer los alimentos, de romper los diques del Nilo, el establecer colegios y corporaciones ilícitas. Por esto se persiguen en juicio público, se admite la acusacion firmada por el acusador, *l. ult. D. de dol. priv.*, y se impone la pena capital, como acontece cuando se rompen los diques de Egipto, y se despojan los cadáveres; en el abigeato, y en el crimen de los encubridores y quebrantadores. Estos delitos se llaman privados en la *l.* 1. §. *ult. D. de pœn.*, y no siempre se llaman juicios públicos los que se establecen por concusion, *l.* 2. *D. de concus.*, prevaricacion, *l.* 3. *D. de prævar.*, estelionato, *l.* 1. *D. de stellion.*; sino que se llaman privados, porque el derecho de acusar no se concede á cualquiera, sino solamente al que ha sido perjudicado. Asi es que segun Papiniano la accion de estelionato no se contiene ni en los juicios públicos ni en los privados, *l.* 1. *D. de stellion.* No en los públicos, porque no todos pueden acusar; no en los privados, porque la acusacion es pública, *l.* 3. §. 2. *D. lug. cit.*

1037. Concurriendo en los delitos la viciosidad del acto y el efecto, es claro que puede procederse en su consecuencia á la aplicacion de la pena y á la reparacion del daño. De aqui es, que hay acciones nacidas del delito que son persecutorias de la cosa, como la condicion furtiva, la accion de las cosas quitadas; otras son persecutorias de la pena, como la accion de hurto; y otras persecutorias de la cosa y de la pena, como la accion de los bienes robados, la de la ley Aquilia, principalmente contra el que causa el daño, y otras varias, §. 16. *Inst. de act.*

1038. Dirigiéndose estas acciones á cosas diversas se sigue: 1.° que no se destruyen mútuamente, *l.* 34. §. 2. D. *de obl. et act.*; 2.° que las persecutorias de la cosa pasan á los herederos y contra los herederos, *l.* 7. §. 2. *l.* 9. D. *de cond. fur. l.* 6 §. 4. D. *rer. amot.*; 3.° que las persecutorias de la pena competen á los herederos, mas no contra los herederos, á no ser que el difunto haya contestado el pleito, *l. un.*

1036. *Aunque no exista ninguna ley)* Debemos esta observacion al incomparable J. G. Grevio, cuyo pasage se espuso integramente en los *Elem. de las Pand. tit. de judic* §. 4. Antiguamente anduvieron muy varios los jurisconsultos sobre la diferencia que habia entre estos crímenes.

1038. *No contra los herederos)* De suerte que las que contienen á un tiempo mismo la cosa y la pena, las cuales se llaman mistas, en cuanto á la persecucion de la cosa, competen contra los herederos en lo que á ellos llegó. Esto se deriva de la antigua regla que trae Pomponio: asi como el heredero no debe estar obligado á la pena del delito que cometió el difunto, tampoco debe percibir interes, si por delito de aquel adquirió alguna cosa, *l.* 38. *D. de reg. jur. l.* 16. § *ult. D. quod. met. caus.* Esceptúase la accion de las cosas robadas por fuerza, aunque mista, porque el pretor juzgó que bastaba la condiccion, *l.* 2. §. *ult. D. vi bonor. rapt.*

Contestado) Porque por la contestacion del pleito se verifica un cuasi contrato, y

C. ex del. def. in quant. hær. conven.; 4.° que las que solamente se dirigen á la vindicta no se dan ni á los herederos ni contra los herederos, §. 1. *Inst. de perpet. et temp. act.*, á no ser que el pleito haya sido contestado, *l. un. C. ex del. defunct.;* 5.° que todos los que cometen un delito estan obligados *in solidum* tanto, que si se persigue la cosa y paga uno los demas quedan libres, *l. 1. C. de condict. furt.*

1039. Tratemos ya de los delitos privados, y empecemos por el hurto.

1040. Hurto es llevar alguna cosa de una parte á otra fraudulentamente, ó la substraccion fraudulenta de alguna cosa con la intencion de ganar su propiedad, ó su uso, ó su posesion, cuyo acto está prohibido por derecho natural, *l.* 1. §. 3. *D. de furt.* §. 1. *Inst. e. t.*

1041. Siendo el hurto substraccion, esto es, el acto de tomar la cosa ó de llevarla de un lugar á otro, se sigue: 1.° que el que tiene ánimo de hurtar, pero no substrae nada, no puede llamarse ladron, bien que será responsable por el daño ó violencia que haya hecho, *l.* 21. §. 7. *D. de furt.;* ó será castigado estraordinariamente como directario (*), *l.* 7. D. *de extraord. crimin. l.* 1. §. 2. D. *de effract.;* 2.° que el solo ánimo de hurtar no constituye á uno ladron, *l.* 1. §. 1. D. *de furt.*, á no ser que el hurto se cometa por su ayuda ó consejo, §. 11. *Inst. e. t.;* 3.° que la accion de hurto solo tiene lugar cuando la cosa ha sido tomada, *l.* 21. *pr. D. lug. cit.*

(*) Directario se llama al ladron que se introduce en las habitaciones agenas con intencion de hurtar. *(Nota del Trad.)*

1042. Cometiéndose el hurto fraudulentamente, es claro que no lo perpetran los furiosos, los dementes, los infantes, ni los próximos

---

se hace novacion; de suerte que se da contra los herederos la accion del juicio, la cual dimana de cuasi contrato. En el dia se hace la contestacion del pleito por la peticion del actor y la contradiccion del reo; antiguamente donde se señalaba juez y asistian los testigos, se decia que habia contestacion del pleito. V. á Heineccio, *Pand. tit. de judic.* §. 41. *y sig.*

Se dirigen) Tales se dicen las acciones por las que perseguimos una pena pecuniaria, sin que nada nos deba el reo. Asi es, que la accion estimatoria de injurias se dirige sin duda alguna á la vindicta. *

Libres) Pero esto solamente tiene lugar en la persecucion de la cosa; pues con respecto á la pena todos estan obligados *in solidum*, de suerte que aunque pague uno, no quedan libres los demas. *

1041. *No es ladron*) No opinaban asi los estóicos, quienes creian que todos los delitos eran iguales, de donde juzgaban al que quitaba algunos granos de un monton de trigo como ladron de todo él. Horacio se mofa de esta opinion en la *sátira* 3. *lib.* 1. *ver.* 115. *y sig.*

O consejo) En cuyo caso no puede darse contra él la condicion furtiva, puesto que no sustrajo la cosa. *L.* 21. §. *ult. D. de furt.* Pero Justiniano parece negar que se cometa hurto por solo aconsejar, pues en el §. 11. cit. dice: que el que de ningun modo prestó ausilio ni asistencia para cometer el hurto, sino que solamente dió consejos é instrucciones para ello, no queda obligado por el hurto. Sin embargo, Vinio distingue entre el simple consejo y la impulsion ó instruccion para cometer el hurto, á *d.* §. *n.* 1. *y* 2.

á la infancia, §. 18. *Inst. e. t.;* 2.º que por el contrario puede ser reo de hurto el próximo á la pubertad, aunque regularmente es castigado con menor severidad, *l.* 23. D. *de furt.*; 3.º que no se comete hurto en el caso de estrema necesidad, Grocio, *der. de guer. y paz, lib.* 2. *cap.* 11. §. 6. *cap.* 3. *X. de furt.*

1043. Consistiendo el hurto en tomar una cosa agena, es claro que ninguno comete hurto en cosa propia, *l.* 43. §. 1. *D. lug. cit.*, á no ser que otro la posea legítimamente, en cuyo caso tiene lugar el hurto de posesion. Tampoco se comete en las cosas que no son de nadie, ó que no estan poseidas por otro; de suerte que si se substrae alguna cosa de la herencia yacente, no se entiende que hay hurto, *l.* 68. D. *lug. cit.;* si bien como la herencia aun no adida representa la persona del difunto, tiene lugar el crimen estraordinario *expilatæ hæreditatis*, *l.* 4. *D. expil. hær.*

1044. Del mismo principio se sigue, que considerándose los bienes del marido y de la muger en cierto modo comunes durante el matrimonio, á lo menos en cuanto al uso, si la muger sustrae antes del divorcio (*) alguna cosa del marido, ó este de aquella, no tiene lugar la accion de hurto, sino la de cosas quitadas, y su objeto es que se restituyan á causa del divorcio con todos sus frutos y aumentos, *tit.* D. *de act. rer. amot.*

(*) De aqui es que si la concubina ó la muger sustraen alguna cosa, *l.* 17. *pr. D. de act. rer. amot.*, de los bienes del marido despues del divorcio, cometen hurto, *l.* 3. *pr. D. lug. cit.*

1045. Mucho menos es reo de hurto el hijo de familia que sustrae alguna cosa de los bienes del padre, pues que en cierto modo se considera dueño de ellos viviendo su padre, y ademas porque (§. 12. *Inst. e. t.*) considerándose el padre y el hijo como una persona, no nace entre ellos ninguna accion, *l.* 16. *C. de furt.* Esta razon es aplicable á los siervos, §. 12. *Inst. e. t. l.* 17. *pr.* D. *de furt.*

1046. Como el hurto se comete con el fin de lucrar, se infiere que no es reo de este delito el que se lleva una esclava agena, no con la intencion de hacer ganancia, sino inducido de liviandad, *l.* 39. *pr.*

1042. *Necesidad*) Sin embargo, si alguno impulsado del hambre quitase á otro comestibles en tiempo de suma escasez comete hurto. Ant. Matth. *de crimin. tit. de furt. c.* 1. *n.* 7.

1043. *Poseidas*) Entiéndase esto si la posesion aun no se adquirió por nadie, pues si las cosas se habian poseido, dura la posesion aunque aquellas se hubiesen perdido, de suerte que será ladron el que tomó en un camino una cosa perdida con ánimo de hacerla suya. *L.* 43. §. 4. *D. de furt.*

1044. *De cosas quitadas*) Antiguamente se concedió al marido la retencion de la dote por las cosas que la muger sustraia, por causa del divorcio. Lo cual se derogó por derecho nuevo. *L. un.* §. 5. *C. de rei uxor. act.*

Despues del divorcio) O antes del matrimonio; en cuyos casos se da la contiva y no la accion de hurto, por respeto á la persona, *Ll.* 1. 2. 3., *pr. de act. rer. amot.*

D. de furt.; que el que substrae una cosa solo por inferir daño ó injuria puede ser perseguido, en el primer caso con la ley Aquilia, *l.* 5. §. *ult. l.* 41. D. *ad l. Aquil.*, y en el segundo con la accion de injuria, *l.* 53. *pr.* D. *de furt.*

1047. El hurto, segun se ha dicho en la definicion, es ó de cosa, ó de uso, ó de posesion, §. 6. *Inst. e. t.*

1048. Comete hurto de cosa: 1.º el que substrae cosas muebles bien sean animadas ó inanimadas, grandes ó pequeñas, §. 1. *Inst. de vi bon. rapt.*; 2.º y tambien el que se lleva á los hijos de familia, §. 9. *Inst. e. t. l.* 14. §. 13. *l.* 38. §. 1. D. *de furt.*; y mucho mas á los siervos y esclavas, con tal que no se las lleve por liviandad; sino con objeto de lucrar; pero no el que se apodera de los hombres libres de su derecho, ni de los fugitivos, ni de aquellos en quienes se comete el crimen de plagio, *l.* 1. 2. 6. §. 2. *D. ad leg. Fab. de plag.*

1049. Comete hurto de uso el que usa de la cosa que no se le ha dado en uso, ó aunque se le haya concedido, usa de ella de un modo diferente del que quiere su dueño, *l.* 40. *l.* 54. *pr. l.* 76. *pr.* D. *de furt.* §. 6. *Inst. e. t.* En Valerio Max. *lib.* 8. *cap.* 2. *Gell. lib.* 7. *cap.* 15., se encuentran ejemplos de la mas rígida disciplina de los romanos.

1050. Se comete hurto de posesion (*) por el mismo deudor que habiendo dado en prenda una cosa suya la quita ocultamente al acreedor, §. 10. *Inst. e. t. l.* 19. §. 2. *l.* 12. §. *penult. l.* 79. *D. de furt.*

(*) Aunque por el contrato de prenda no se transfiere la posesion civil, se transfiere sin embargo la natural tomada en un sentido estricto, por la cual el acreedor no posee la cosa como señor, sino en virtud del derecho en la cosa que se le confiere, *l.* 37. *D. de adquir. rer. dom.*

1051. Los romanos dividieron el hurto en manifiesto, no manifiesto, concebido, ofrecido, prohibido y no exhibido, §. 4. *Inst. e. t.*

1052. Manifiesto se dice cuando se coge al ladron al tiempo de hacer el hurto, y dando voces persiguiéndole antes de llevar la cosa hurtada á donde intentaba, §. 3. *e. t. Inst. l.* 3. *pr.* §. 1. *sig. l.* 4. *l.* 5. *l.* 7. §. 1. *D. de furt.*

1053. No manifiesto es cuando el ladron no es aprehendido en el acto de hacer el hurto ni en el camino, §. 3. *Inst. e. t. l.* 8. *D. de furt.*

1045. *Accion*) Pero el padre tenia el derecho de castigar á su arbitrio á su hijo, pues le competia el derecho de vida y muerte. *

1046. *Una esclava*) No se entiende que comete hurto si la esclava fuere ramera, pero si lo cometerá si no lo fuere. *L.* 82. §. 2. *D. de furt.*

1049. *El dueño*) Pero los que usan de una cosa creyendo que su propietario no se lo permitiria, y no obstante este lo sabe y lo permite, no cometen hurto. §. 8. *Inst. e. t.* * (*a*)

(*a*) Sin embargo segun Pomponio existe robo en este caso (*fr.* 46. §. 8. *de furt.*), pero no produce ninguna obligacion, ninguna accion, porque no puede causársele ningun perjuicio. V. Ulp. *fr.* 145. *de reg. jur.* Vin. aqui.

1052. *Cogido*) Pero si cuando estaba hurtando en una casa lo viere el dueño y se escondiese, no es hurto manifiesto. *L.* 7. §. 1. *D. de furt.* *

1053. *No es aprehendido*) La razon de juzgar los romanos acreedor á mayor pe-

1054. *Conceptum*, se decia cuando la cosa se buscaba con cierta solemnidad, esto es, sin vestido y solamente con una faja á los riñones y una máscara en el rostro (*per lancem et licium*) (*), y se encontraba en poder de alguno que aunque no era el ladron sabia que la cosa era hurtada, *l.* 8. *C. ex quib. caus. infam.* §. 4. *Inst. e. t. Véanse nuestr. antig. rom. e. t.* §. 13. *y sig.*

(*) Era uso entre los romanos que los que buscaban objetos perdidos hiciesen sus pesquisas en las casas desnudos, para que no pudiese sospecharse que ocultaban alguna cosa entre sus vestidos, ó que habian llevado oculto á la casa por enemistad, lo que buscaban, imputando de esta suerte falsamente al propietario un robo que no habia cometido. Acerca de este uso se halla una descripcion bastante esacta en Platon, *de legibus XII.*, en donde resulta, que los atenienses hacian desnudos sus pesquisas en las casas, y que solo cubrian su desnudez con una faja. Segun Festo este uso fue llevado á Roma con las leyes de Atenas (en la voz *lance*). La *lanx* no era otra cosa que una máscara, la cual llevaban para no ser conocidos en la casa, porque *lanx*, que se deriva de una palabra griega que significa cavidad parece haber designado en lo antiguo todo lo que era hueco. Cuando se abolió este uso por la ley Ebucia, ya no hicieron los mismos dueños las pesquisas, sino que se las confiaron á los *præcones* y á los esclavos públicos, en presencia de testigos. V. *la ley* 3. *D. de fugit.* Plaut. *Mercat. III.* y Hein. *Syntagma Ant. Rom. lib. IV.* Tit. Liv. *XVIII. y sig.* (*Nota del Trad.*)

1055. Ofrecido (*oblatum*), cuando la cosa hurtada se halla en poder de una persona que ignora que es furtiva, á quien el ladron la habia ofrecido para que apareciese en su poder, *l.* 14. §. 4. *D. de furt.*, §. 4. *Inst. e. t.*

1056. Prohibido, cuando queriendo alguno buscar el hurto delante de testigos, se le prohibe hacerlo, §. 4. *Inst. e. t.*

1057. No exhibido, cuando alguno no exhibió la cosa furtiva buscada y encontrada en su poder, §. 4. *Inst. e. t.*

1058. Del hurto manifiesto nacia accion penal persecutoria para exigir el cuádruplo, del no manifiesto para el duplo, §. 5. *Inst. e. t.* Del *conceptum* se dió al principio accion en el triplo y despues en el duplo, Gel. Noct. Att. *lib.* 11. *cap.* 18. Del ofrecido en el triplo sin computar el valor de la cosa, Gel. *lug. cit.* Paul. *sent. rec. lib.* 2. *tit.* 31. §. 45., y del prohibido y del no exhibido (*) en el duplo.

(*) La condenacion en el duplo en el hurto no exhibido se deduce de Planto, *Pœnult. act. III. escena I. v.* 54. *y sig. act. I. escena I. v.* 55. *act. III. escena* 5. *v.* 27. *escena* 5. *v.* 39. *act. V. escena* 6. *v.* 14.

1059. Pero desde que se dió la ley Ebucia, dejó de hacerse la pri-

---

na al que comete hurto manifiesto, que al que hurto no manifiesto, es porque está mas espuesto el dueño que aprehende al ladron manifiesto, puesto que este en su desesperacion no perdona la vida ni conservacion de los demas por ponerse en salvo. * Y tambien porque es muy justo que se favorezca mas al hombre que fue mas vigilante en custodiar sus cosas y mas diligente para apresar al ladron. Cuj. *Obs. lib.* 19. *cap.* 12.

1059. *Ebucia*) Por esta ley, que casi solo Gelio menciona, se abrogaron todas estas disposiciones de la ley de las doce tablas por repugnar á las buenas costumbres. Trata de ella Abr. Wielingio en su *Diss. de furto per lancem et licium concepto, ad fin.* *

vada y solemne inquisicion de las cosas furtivas (*), Gel. Noct. Att. *lib.* 16. *cap.* 10., y aun se estinguieron las mismas acciones de las cuatro últimas especies de hurto enumeradas; pero todos los que á sabiendas recibian una cosa hurtada y la ocultaban, eran reos de hurto no manifiesto, §. 4. *Inst. e. t.*

(*) Pero no se abolió la inquisicion que se hace por autoridad del juez en las casas de los particulares, con tal que concurran algunos indicios, *l.* 8. *C. ex quib. caus. infam. l.* 1. §. 2. *y* 3. *l.* 3. *D. de fugit. l.* 2. *C. de serv. fug.*

1060. El hurto se hace ó de noche ó de dia, *l.* 54. §. 2. *D. de furt.* Es lícito matar al ladron nocturno siempre que no pueda salvarse la vida de otra manera, y que el matador lo testifique asi dando voces; mas no al diurno, á no ser que al tiempo de cogerle se defienda con armas, *l.* 54. §. 2. *D. lug. cit. l.* 4. §. 1. D. *ad leg. Aquil*, *l.* 9. D. *ad leg. Corn. de sicar. Exod. cap.* 22 *v.* 2. *y* 3. *X. de homicid.*

1061. Se puede proceder contra el hurto ó civil ó criminalmente. En el primer caso perseguimos ó la pena ó la cosa.

1062. Con el objeto de perseguir la cosa se da la condicion furtiva, la cual compete al señor (*), *l.* 1. *D. de cond. furt.*, al poseedor de buena fe, al tutor en nombre del pupilo, *l.* 136. D. *de reg. jur. l.* 56. §. *penult.* D. *de furt.*, ó á su heredero para perseguir la cosa, contra el ladron, bien posea ó deje de poseer por dolo y contra sus herederos para que la restituyan con todos sus frutos y aumentos ó paguen su estimacion, *tit.* D. *de condict. furt.*

(*) Esto parece repugnante á los principios de derecho, porque el dueño no pide su cosa con accion personal, sino que la vindica, *l. ult. D. usufr. quemad. cav.* §. 14. *Inst. de act.*; pero asi se ha introducido en odio de los ladrones. Si el señor omite esta accion personal puede usar de la vindicacion de la cosa, §. *ult. Inst. e. t.*

1060. *Se defiende)* Sin embargo en este caso debe procederse con mas moderacion si el ladron es sorprendido de dia en un lugar solitario y donde no puede esperar ausilio de otros: entonces militando la misma razon, debe haber la misma disposicion de derecho. *

Al fin) Cujacio trata con suma erudicion sobre el requisito de exigir que se grite y se pida ausilio, para matar al ladron noturno. Cuj. *Obs. lib.* 11. *cap.* 27. *lib.* 14. *c.* 11. Schultingio y otros, á quienes sigue Knorio, juzgan que por la ley de las doce tablas era permitido matar al ladron nocturno aun sin este requisito, supuesto que ninguno de los jurisconsultos antiguos hacen mencion de él. Y sin duda añadió esta limitacion Triboniano. V. Noodt. *Probab. lib* 1. *cap.* 9.

1062. *Furtiva)* Niegan algunos que esta accion proceda del delito, pero lo contrario se demuestra por la *ley* 21. §. *penult. y ult. D. rer. amot.* *

O deje de poseer) Ya sea que pereciere la cosa por culpa suya ó por caso fortuito, ya fuere cosa que tenia que perecer ó no; lo cual es singular en esta accion. *L.* 40. *D. de petit. hæred.* Pues el ladron siempre está en morosidad.

Y contra sus herederos) Contra estos no puede darse esta accion sino en cuanto ellos hubieren adquirido de la cosa hurtada, segun la ley general *un. C. ex delict. defunct. in quant. hæred. conven.* * Sin embargo de lo que dice el autor parece mas cierto que la condicion furtiva se da contra los herederos *in solidum.* Sobre esta materia se espresa con suma claridad la *L.* 9. *D. de condict.* Perremon. *Animadv. lib.* 2. *cap.* 7. *thes. jur. civ. tom.* 1. Anton. Matth. *de crim. ad tit. de furtis cap.* 4. *n.* 2.

*

1063. Para exigir la imposicion de la pena se da la accion de hurto, la cual compete al señor (si bien no siempre), y á aquel á quien interesa, §. 13. *Inst. e. t.*, como al acreedor en razon de la prenda, §. 14. *Inst. lug. cit.*, al poseedor de buena fe, §. 15. *Inst. lug. cit.*, y á todo aquel para quien peligra la cosa y tiene que pagarla. Se establece contra el ladron, §. 17. *Inst. lug. cit.*, y contra el receptor ú ocultador, ó por cuya ayuda y consejo se comete el hurto, §. 11. *Inst. lug. cit.*, para que pague el duplo si el hurto no es manifiesto, y el cuádruplo si lo es, §. 5. *Inst. e. t.*

1064. No destruyéndose mútuamente las acciones persecutorias de la pena y de la cosa, se sigue que aunque el ladron pague el duplo ó el cuádruplo, tienen lugar sin embargo la condicion furtiva ó la vindicacion, *l.* 54. §. 3. D. *de furt.*

1065. Tambien se procede contra el hurto estraordinaria y criminalmente, ó para aplicar la multa á favor del fisco, ó para imponer pena *corporis afflictiva* ó capital, *l. ult.* D. *de furt. l.* 6. *pr.* D. *ad leg. Jul. pecul.* Pero Justiniano prohibió que el ladron fuese castigado con pena capital ó con mutilacion de miembros, estableciendo que la pena se redujese á sufrir destierro, ó á pagar una multa, *Nov.* 134. *cap. ult. Autent. Sed novo, C. de serv. fugit.*

1066. 1067. 1068. 1069. 1070. »Nuestro derecho no hace la »calificacion de delitos que el romano. Señálase pena á cada uno, y »el juez puede proceder contra el delincuente de oficio ó por denun- »cia ó acusacion de cualquiera del pueblo; esceptúase el delito de »adulterio, en que no se puede proceder sino á pedimento del marido, »y el delito de injuria verbal, cuya acusacion corresponde solo al ofen- »dido. *L.* 3. *tit.* 7. *lib.* 4. *Fuero Real.* Véanse tambien las leyes de la »Partida 7. Con respecto al hurto, las *leyes* 4. 12. *y* 18. *tit.* 14. »*Part.* 7., conceden al que lo hubiese sufrido el derecho de pe- »dir al ladron la cosa ó su valor, siendo asi que las leyes romanas »solamente lo concedian al dueño de la cosa, dándole al efecto la con- »dicion furtiva. Segun la *ley* 11. *del tit. cit.*, se concede al dueño de »la cosa dada en comodato, y que fue hurtada la reclamacion de la »cosa contra el ladron ó al comodatario, mas no á entrambos.»

1063. *Contra el ladron)* Y no contra los herederos á no ser que se hubiere contestado el pleito con el difunto, pues por la novacion que se verifica por la litis contestacion quedan obligados no por el delito, sino por cuasi contrato. *

1064. *Al fin)* Debe observarse aquel principio general, que cuando hay muchas acciones sobre una misma cosa, concurren á eleccion (*elective*); si tienden sobre cosas diversas, se dice que concurren cumulativamente, de suerte que no absorve la una á la otra. *

1065. *Al fin)* La aplicacion de esta ley se deja á la prudencia del legislador, y asi es que en muchos lugares son condenados los ladrones á carcel, á obras públicas, á galeras &c. *

TITULO II.

De los bienes robados por violencia.

1071. El otro delito privado es la rapiña, la cual consiste en un despojo violento y doloso de una cosa agena con intencion de lucrar.

1072. El hurto y la rapiña convienen en que ambos delitos se cometen quitando dolosamente una cosa mueble agena con intencion de ganarla; pero se diferencian en que por el hurto se quita dicha cosa fraudulentamente, mas por la rapiña violentamente, *l.* 2. §. 1. D. *e. t.*

1073. Infiérese pues de la definicion: 1.º que no se puede intentar la accion de bienes robados cuando se invade una cosa inmueble; pero sí se puede reclamar con el interdicto *unde vi*, ó con la ley Julia de fuerza pública y privada, *l.* 2. §. 1. *D. e. t.*

1074. Infiérese tambien de la misma ley; 2.º que si alguno roba una cosa agena, mueble ó inmueble, creyendo que era suya, no comete rapiña, *l.* 2. §. 18. D. *e. t.* Mas para impedir que los raptores queden impunes, prevaliéndose de esta escusa, se mandó por las constituciones, que el que robase una cosa que cree ser suya, y efectivamente lo es, pierda el dominio de ella; pero si fuere agena, debe restituirla, y ademas pagar su estimacion al dañado, *l.* 13. *D. quod met. caus. l.* 7. *C. unde vi*, §. 1. *Inst. e. t.* §. 1.

1075. Debe pues inferirse; 3.º que aqui solo se considera el dolo y no el precio de la cosa robada, *pr. Inst. e. t. l.* 2. §. 18. *D. lug. cit.* El impuber no comete este delito, *l.* 2. §. 19. D. *lug. cit.*, ni tampoco el que es incapaz de dolo, como el furioso, demente, &c.

1076. La accion de hurto se puede establecer contra el raptor, porque es un detestable ladron, *pr. Inst. l.* 2. §. 10. D. *e. t.* Dase tambien por el pretor la accion mista *vi bonorum raptorum* (de los bienes robados por violencia). Se dice mista porque abraza la persecucion de la cosa y de la pena, y por medio de ella puede el dueño ó aquel á quien interesa, §. 2. *Inst. l.* 2. §. 22. *sig.* D. *e. t.*, proceder dentro de un año contra el raptor (y no contra su heredero) para que pague el cuádruplo, y pasado el año para que pague el valor de la cosa, *pr. Inst. e. t.*, á no ser que fuese un judio robado por un cristiano, pues entonces aquel solo puede pedir el simplo, esto es, el valor de la cosa,

---

1071. *De lucrar)* Pues si fuese robada una muger por causa de liviandad, se cometerá rapto; delito que pertenece á los públicos y que es capital. *L. un. C. de rapt. virg.* ✪

1073. *Al fin)* Tambien hay lugar á la accion ó escepcion de despojo porque no se hace distincion por derecho canónico entre las cosas muebles é inmuebles en este caso. ✪

1074. *Al dañado)* En resarcimiento de la injuria que sufrió, con tal que no fuese poseedor injusto y de mala fe.

1076. *El simplo)* Se ve pues que la rapiña ó robo se tenia por menor delito

l. 6. *C. de pagan.*, ó que alguno robe á los navieros, en cuyo caso se le castiga con el cuádruplo, *l.* 5. *C. de navicul.*

1077. El cuádruplo de que hemos hablado, á diferencia del que se paga en virtud de la accion de hurto, contiene la pena y el precio de la cosa, *pr. Inst. e. t.* De lo que se infiere: 1.° que en este delito no se da accion persecutoria de la cosa; 2.° que si alguno entabla la accion de hurto en el delito de rapiña le compete ademas ó condicion furtiva para reclamar la cosa, ó su precio aun de los herederos, ó la vindicacion de la cosa, *l.* 2. §. *ult. y penult. D. e. t.* (*)

(*) Las diferencias entre la accion de hurto y la *vi bonorum raptorum* consisten en que la primera es perpetua y puramente penal, de suerte que el cuádruplo se pide independientemente de la cosa robada; pero la accion *vi bonorum raptorum*, como que es pretoria, se da por un año para pedir el cuádruplo, y pasado el año solamente se puede pedir el valor de la cosa, y ademas comprende en el cuádruplo la restitucion de la cosa, de suerte que la pena no escede del triplo. Finalmente, el cuádruplo no se calcula como en la accion de hurto con arreglo al interes que tenia el demandante en la conservacion de la cosa, sino con arreglo al valor real del objeto robado. (Ulp. *fr.* 2. §. 19. *e. t.*) (*Nota del Trad.*)

1078. La persecucion criminal de este delito no solamente se da contra los salteadores que roban armados, sino contra los ladrones que matan y despojan, *l.* 28. §. 10. *y* 15. D. *de pœn.*

1079. »Nuestras leyes adoptaron para pena del robo la que señala»ron para este delito los pretores: en cuanto á la accion para pedir la »cosa robada no se hace diferencia entre el robo y el hurto, se da á »aquel en cuyo poder se hallaba la cosa robada cuando la robaron.»

TITULO III.

De la ley Aquilia.

1080. El tercer delito es el daño causado injustamente, el cual se vindica por la ley Aquilia. Dícese daño causado injustamente cualquiera diminucion de nuestro patrimonio cometido sin ningun derecho, y por un hombre libre; porque si el siervo (y antiguamente el hijo de familia) dañase á otro por cualquier delito privado, los jurisconsultos le llaman noxa, y si un cuadrúpedo infiriese perjuicio, le dan el nombre de *pauperie.*

---

que el hurto, porque no se cometia con tanto peligro de perder la vida; pero sin embargo, como no fuese muy del general agrado esta doctrina, dieron los jurisconsultos al actor el arbitrio de elegir entre esta accion y la de hurto. *

1077. *Persecutoria*) Y no tiene tampoco lugar esta accion aunque se entablase la de la ley Aquilia que concurre con esta. *L.* 2. §. 10. *l.* 26. *D. e. t.*, porque esta es mista, §. 9. *Inst. de leg. Aquil.*

1078. *Y despojan*) Los cuales como los piratas solian ser ajusticiados, y en este caso se usaba de la accion *vi bonorum raptorum*. V. Wissenbachius en las notas nomicofilológicas á la pasion de J. C. *

1081. Debiendo el daño causarse injustamente, y llamándose injusto lo que se hace sin derecho, §. 2. *Inst. e. t.*, se sigue: 1.° que la ley Aquilia no solamente obliga al que infiere daño por dolo, sino tambien por culpa, §. 2. 3. 14. *Inst. e. t.*, aunque sea levísima (*), *l.* 44. *pr.* D. *e. t.*, como si alguno por ignorancia del arte que profesa, ó no tomando en consideracion su insuficiencia, emprende alguna cosa en que perjudique á otro, §. 4. 5. 6. 7. 8. *Inst. ll.* 5. 6. 7. 8. 30. 31. 44. *pr.* D. *e. t.*

(*) De lo que infieren algunos con fundamento, que la ley Aquilia, no solamente se estiende á los verdaderos delitos, sino tambien á los daños causados por los cuasi delitos, no obstante que se diga que por ella se procede contra los verdaderos delitos. Si es cierto, como cree Bynkershoek, que la accion de *effusis et dejectis* (de las cosas derramadas y arrojadas), se concede en virtud de la ley Aquilia, mucho menos podrá dudarse de esta observacion.

1082. Por el contrario; 2.° no está obligado por esta ley el que usando de su derecho dañe á otro, como el que en defensa propia (*cum moderamine inculpatæ tutelæ*, asi se dice en la *l.* 1. *Unde vi*), mata al agresor ó al ladron, §. 2. *Inst. l.* 4. *l.* 29. §. 7. *l.* 45. §. 4. *D. e. t.* Dícese que usa de esta moderacion el que por su conservacion mata *incontinenti* al agresor injusto que le ataca con peligro de la vida, del cuerpo ó de los bienes, *l.* 4. *l.* 5. *pr. l.* 45. §. 4. D. *e. t. l.* 3. D. *de just. et jur.*

1083. Igualmente no es reo; 3.° el que causa daño por caso fortuito, §. 3. *Inst. e. t.*, pues este no se presta ni en los contratos ni en los delitos.

1084. Reclamándose con la ley Aquilia toda diminucion de patrimonio, se sigue; 4.° que si un hombre libre fuere herido, no se da directamente accion en virtud de esta ley, *l.* 13. *D. e. t.*; 5.° que por el contrario, compete dicha accion si un cuerpo fuere dañado con

---

1081. *Levísima)* Como en aquel ingenioso caso que espresa la *ley* 11. *pr. D. de leg. Aquil.*, á saber: que estará obligado por la ley Aquilia un barbero que se pusiese á afeitar á un siervo en un paraje público donde se acostumbraba á jugar á la pelota ó se transitaba con frecuencia, y dando la pelota en la navaja al tiempo que le resuraba el cuello le degollase. *

Al fin). En el §. 4. *y sig. de la Inst. e. t.* se aducen ejemplos de las culpas que tienen lugar por la ley Aquilia. Ilustran dicho §. Fechero Verissim. *lib.* 9. *cap.* 8. *y* Ever. Otton, *Præfat. ad thes. jur. civil. tom.* 2. *pag.* 14.

1082. *Al fin)* Si no se observan esactamente estos requisitos, no se entiende cometida la muerte *cum moderamine inculpatæ tutelæ*, si bien tampoco se impone pena de homicidio, sino que se castiga arbitrariamente el esceso que hubiese. *

1083. *Caso fortuito)* Pues no se imputa al hombre el caso, sino el hado, el cual se llama por los griegos fuerza divina. Sin embargo, si resulta daño por casualidad á causa de hacerse algun ejercicio ó trabajo peligroso en parage en que no es lícito hacerlo, ó sin tomar ciertas precauciones prudentes, se imputa este caso, como se ve en el elegante ejemplo que se lee en el §. 4. *de la Inst. e. t.*, acerca del militar que se ejercita en arrojar dardos ó flechas en parage donde puede causar daño. *

otro cuerpo, y el patrimonio se hubiere disminuido, á cuyo caso pertenecian propiamente las palabras de la ley Aquilia, §. *ult. Inst. e. t.*

1085. Tres fueron los capítulos principales de la ley Aquilia. Por el 1.º se mandó, que si alguno matase injustamente á un siervo ó sierva agenos ó á ganado cuadrúpedo (*pecudes*), debiese pagar al dueño lo que la cosa dañada valia un año antes, *l.* 2. *pr.* D. *e. t.*

1086. Por el primer capítulo pues se vindicaba, no cualquier daño, sino el causado matando siervos y ganados cuadrúpedos (*), *l.* 7. §. 1. 2. *D. e. t.*, esto es, las bestias que pastan juntas, cuales son tambien los puercos, *l.* 2. §. 2. D. *e. t.* §. 1. *Inst. e. t.*

(*) Cuando los jurisconsultos hablaban en el sentido jurídico hacian distincion entre cuadrúpedos, ganados y bestias, *quadrupes*, *pecudes et bestias*. Cuadrúpedos son los que se doman por el lomo y pescuezo, esto es, los que llevan y traen carga, Ulpian. *Fragm. tit.* 19. §. 1. Ganados, *pecudes*, son los que pastan juntos. Los demas animales se llamaron bestias, Bynkershoek, *de reb. manc. cap.* 6. *p.* 119. *sig.* Reuniéndose pues en nuestra ley las palabras ganados cuadrúpedos, se ve que no es tan absurda la duda de los antiguos, si los puercos son ganados cuadrúpedos, §. 1. *Inst. e. t. l.* 65. §. 4. *D. de legat.* 3. Muchos negaban que fuesen cuadrúpedos, porque no se enseñaban á trabajar por el pescuezo y lomo; pero concedian que eran ganados porque pastaban juntos.

1087. Por este primer capítulo se da accion penal al dueño, ó al que tiene derecho en la cosa, *l.* 11. §. 9. 10. D. *e. t.*, y que ha padecido el daño, contra el que mata, mas no contra sus herederos, §. 9. *Inst. e. t.*, si cometieron muchos el daño, contra todos ellos *in solidum*, *l.* 11. §. 2. D. *e. t.*, para que paguen el precio que tuvo la cosa un año antes, computándose tambien las utilidades que durante este tiempo pudo el siervo proporcionar á su amo, *l.* 23. §. 6. D. *e. t.* Se encuentran ejemplos en la *l.* 22. §. 1. *l.* 23. *pr.* §. 1. 2. D. §. 10. *Inst. e. t.*

1088. El segundo capítulo cayó en desuso, y hoy se desconoce, §. 12. *Inst. l.* 27. §. 4. D. *e. t.*, aunque es muy verosimil que Aquilio tratase en este capítulo ó del siervo corrompido, ó de las cosas derramadas y arrojadas, ó que esta ley contuviese mayor número de capítulos. (*) Véase á Bynkershoek, *Obs. lib.* 1. *cap.* 13., y lo que discutimos en *nuestr. antigüed. rom. e. t.* §. 9. *sig. nuev. edic.*

(*) El segundo capítulo de la ley Aquilia daba una accion contra el estipulador, que para defraudar al estipulante habia hecho remision de la deuda al promitente, librándole de ella por la aceptilacion. (V. á Cayo, 3. *Inst.* 215. *y* 216.)

1086. *Cuadrúpedos)* * Como los caballos, bueyes, ovejas. Cujacio niega que se contengan en esta palabra los puercos. *Estor.*

1087. *En la cosa)* Como el usufructuario ó usuario á quienes no se da accion directa, sino util. *D. l.* 11. §. 10.

Heredero) La razon de esto se da en el §. 9. *de la Inst. e. t.*, á saber; porque no se paga solamente el daño que se cometió, sino que la condenacion escede la estimacion del daño, por lo que esta accion no es persecutoria de la cosa sino penal y por consiguiente no puede darse contra los herederos. *

Esta segundo capítulo cayó en desuso desde que fueron inútiles los adstipuladores, es decir, desde que Justiniano permitió á cada uno estipular, *post mortem suam*, §. 13. *Inst. de inut. stip.* (*Nota del Trad.*)

1089. Por el tercer capítulo se estableció, que el que matase algunos animales que no fuesen hombres ni ganados, ó perjudicase á otro quemando, rompiendo ó deteriorando injustamente, debiese pagar al dueño cuanto valiera la cosa en los treinta dias anteriores, *l.* 27. §. 5. D. *e. t.*

1090. Es claro pues, que segun este capítulo se exigia: 1.º la reparacion del daño causado en cualquiera cosa que no fuese siervo ó ganado cuadrúpedo, y 2.º no solamente del daño causado matando, sino tambien deteriorando de cualquier modo que fuese, §. 13. *Inst. e. t. l.* 27. §. 13. D. *e. t.*

1091. Por tanto, por este capítulo se daba accion al dueño á quien interesa la conservacion de la cosa por tener derecho á ella, *l.* 11. §. 10. D. *e. t.*, contra el que mata cualesquiera animales que no son siervos ni ganados cuadrúpedos, ó contra el que hace otro cualquier daño, para que pague cuanto mas valia la cosa treinta dias antes de causarlo, *l.* 27. §. 4. D. *e. t.* Esta accion no produce infamia, *l.* 1. D. *de his qui not. infam.*

1092. Se deben añadir tres corolarios: 1.º si un hombre libre fuere herido, como no se le concedia por este capítulo accion directa sino util, no puede pedir la estimacion sino los perjuicios causados por la cesacion de su trabajo y gastos de su curacion; pero nada por los dolores, cicatrices ni deformidad que sufre, *l.* 13. D. *e. t. l.* 3. D. *si quadrup. pauper. fec. dic. l. ult.* D. *de effus. et deject.*

1093. 2.º Que esta accion produce el efecto de que, si el reo niega el delito, sea condenado en el duplo, §. 26. *Inst. de act. l.* 2. §. 1. D. *ad leg. Aquil.*

1094. 3.º Si alguno hace daño á un cuerpo con sus manos ú otra parte de su cuerpo, teniendo la cosa en que se hace el daño ó tocándola, la ley Aquilia concede entonces accion directa; si hizo el daño de otro modo, tiene lugar la accion util; y si ni el daño es corporal

---

1089. *Al fin*) Aunque en este tercer capítulo no se espresa el vocablo (*plurium*), esto es, cuanto de mas valiese la cosa, como en el primero debe sobreentenderse aqui, segun se advierte en el §. 15. *de la Inst. e. t.* ⁂

1091. *No infama*) La razon se deduce del §. 1081, pues aqui no se vindica el daño causado por dolo ó culpa lata, sino el que proviene por culpa levísima, y seria inicuo que por la culpa se manchase la fama de nadie. ⁂

1092. *Deformidad*) Pero sí habrá lugar á la estimacion de este defecto, si se reclama, no por la ley Aquilia, sino por la accion de injuria, pues en este caso, no solamente se estima aquello en que se disminuye nuestro patrimonio, sino lo que influye ó tiende á nuestra afrenta y menosprecio. ⁂

1094. *De su cuerpo*) Ya sea con los pies ó la cabeza, ya con piedra, palo ú otro instrumento que se haya arrojado ó dirigido personalmente. V. Ulp. *fr.* 7. §. 1., *l.* 9. §. 1. *fr.* 29. §. 2.

De otro modo) Como por ejemplo, si se encerrase una oveja dejándola perecer

ni tampoco se comete con el cuerpo, se admite la accion *in factum*, §. *ult. Inst. e. t. l.* 11. D. *de præscr. verb.*

1095. »Nuestras leyes de Partida han adoptado acerca de la materia sobre que versa este título las disposiciones del derecho romano.»

TITULO IV.

De las injurias.

1096. El cuarto delito privado es la injuria, por cuya palabra no se entiende aqui todo lo que se hace sin derecho, como en la ley Aquilia, sino cualquier dicho ó hecho dirigido dolosamente á ofensa á otro, *pr. Inst. e. t.*

1097. Haciéndose esta ofensa ó por dichos ó hechos, se sigue que la injuria es ó verbal ó real, § 1. *Inst. l.* 1. §. D. *e. t.* A la primera pertenecen tambien la injuria escrita y el libelo infamatorio, ya anónimo ya firmado, *l.* 5. § 9. D. *e. t. l. un. C. de famos. libell.* A la segunda se refieren las pinturas contumeliosas.

1098. La ofensa puede ser mayor ó menor, y asi se divide en simple y en atroz, §. 9. *Inst. l.* 7. §. 7. 8. *l.* 8. *y* 9. *D. e. t.* Esta se gradúa ó por la atrocidad del hecho, ó por el lugar donde se comete, ó por la persona á quien se hace, §. 9. *Inst. l.* 7. §. *ult.* D. *e. t.*, ó por el tiempo.

1099. Debiendo la injuria hacerse dolosamente, se sigue: 1.º que no se comete sin ánimo de injuriar, *l.* 5. *C. l.* 15. §. 13. *l.* 32. *l.* 33. *D. e. t.;* 2.º que los furiosos, impúberes y otros incapaces de dolo no cometen injuria, *l.* 3. §. 1. D. *e. t.;* 3.º que el que hace alguna cosa por chanza, *l.* 3. §. 3. *D. lug. cit.*, 4.º ó el que por herir á su esclavo hiere á un hombre libre, *l.* 3. § 4. *l.* 4. D. *e. t.*; 5.º ó dice ó hace alguna cosa con intencion de corregir ó enmendar, *l.* 5. § 3. *ad leg. Aquil. l.* 15. §. 39. *D. e. t.*, se presume que no injuria; pero esta pre-

---

de hambre, ó si se la ostigó para que se arrojase por un precipicio; ó si se persuadiese á un siervo ageno para que se subiese á un árbol, y cayéndose de él se matase.

Con el cuerpo) Como si alguno hiciese humo y sofocase con él las abejas agenas, ó si movido de misericordia intempestiva, desatare á un siervo para que se fugara.

In factum) Por lo general estas acciones tienen el mismo fin y los mismo efectos.

1097. *O real)* Dice Labeon, que se causa injuria de hecho siempre que se injuria valiéndose de las manos, y de palabra, cuando se inculpa alguna cosa injuriosa sin ofensa del cuerpo. *L.* 1. §. 1. *D. e. t.*

1098. *A quien se hace)* A las cuales pertenecen en primer lugar la injuria hecha por dolo á los ministros de la iglesia en el templo, la cual quieren las leyes que se castigue con pena capital. *L.* 13. *C. de episc. et cleric.*

1099. *Enmendar)* O con el objeto de defenderse, ó de que no se le condene: como si alguno para desvirtuar el testimonio de otro le echase en cara el haber cometido algun crimen, pudiéndolo probar facilmente, ó si opusiese al que le prestaba caucion que aquel fiador no era idóneo.

No injuria) Con tal que no se escediese de los limites de su oficio: de lo contrario quedará obligado por la ley Aquilia.

suncion cede á la verdad y prueba del actor. Acerca de las injurias cometidas por los magistrados trata la *l.* 32. D. *e. t.*

1100. Siendo injuria lo que se dice ó hace en ofensa de otro, se sigue que una persona puede ser ofendida, no solo directamente en su persona sino tambien en la de alguno de su familia, v. gr., en la persona de su hijo, siervo, esposa ó muger, *l.* 18. §. 4. 5. *l.* 15. §. 35. *y sig. l.* 41. *D. e. t.*; 7.° que el padre puede proceder por la injuria hecha al hijo, el marido por la causada á la muger, el esposo á la esposa, el dueño al siervo, §. 2. *Inst. l.* 1. §. 3. *y* §. *ult. D. e. t.;* pero no la muger por la injuria hecha al marido, á no ser que la injuria recaiga tambien sobre ella, §. 2. *Inst. l.* 2. *l.* 11. §. 8. D. *e. t.*

1101. La injuria puede perseguirse civilmente, criminalmente, por edicto del pretor y por la ley Cornelia. Se concede tambien el remedio estraordinario de la retorsion.

1102. La accion pretoria, que tambien se llama estimatoria, se da al que ha sufrido la injuria en sí ó en otros de su familia, mas no á su heredero contra el que la causó, por sí ó por otros, pero no contra sus herederos, *l.* 11. *pr.* §. 3. D. §. 11. *Inst. e. t.*, para que pague la cantidad en que el actor estimare la injuria, §. 7. *Inst. e. t.*

1103. La estraordinaria criminal se da á los mismos y contra los mismos, de quienes hemos hablado en el párrafo anterior, para imponer una pena arbitraria, §. 10. *Inst. l. ult.* D. *e. t.* La pena es capital: 1.° cuando se hace ó publica un libelo famoso, *l. un. C. de fam. libell.*; 2.° cuando la injuria se hace al culto divino y á los lugares sagrados, ó á los sacerdotes que lo tributan, *l.* 13. *C. de episc. et cler.*

1104. La primera accion es pretoria, y como tiende á reclamar agravios, se estingue pasado un año, *l.* 5. *C. de injur.* Ambas son penales, y asi no pueden entablarse juntas, *l.* 6. *l.* 7. §. 1. D. *e. t. l. un. C. quando civ. act. crim. præi.* Se diferencian en que en la primera tanto el actor como el reo pueden nombrar procurador, *l.* 11. §. 2. *D.*

1100. *Su familia)* Por lo que de una injuria tal vez suelen resultar tres acciones de injuria: v. gr., si se causó injuria á una muger casada hija de familias compete la accion de injurias á su marido, á su padre y á ella propia. *L.* 1. §. 9. *D. e. t.*

No la muger) Porque no es decoroso que las mugeres defiendan á los maridos, cuando aquellas deben ser defendidas por estos. Asi pues, si con la injuria hecha al marido se ofende el honor de la muger, como si se llamase á aquel cornudo, no vindica la muger la injuria agena, sino la propia. *

1101. *El pretor)* Primeramente se dió accion de injurias por la ley de las doce tablas, de que trata Gell. *Noct. Att. lib.* 20. *cap.* 1. A esta sucedió la pretoria.

1102. *Estimare)* Salva sin embargo la reforma ó moderacion que hace el juez, para la cual suele atenderse parte á la persona y condicion del actor, parte al dolo cometido por el reo y á la atrocidad del hecho. *

1103. *Libelo famoso)* Con tal que se dirija contra el gobierno, ó que se impute en él á alguna persona un crimen capital. Por la ley Cornelia se manda que sea intestable el autor de un libelo famoso. *L.* 5. §. 8. *sig. D. e. t.*

1104. *Un año)* El cual deberá entenderse año útil mas bien que continuo, como opinan comunmente los doctores con Cujacio y Goveano. Sin que se estinga con el transcurso del año la persecucion del daño, si lo hubiese.

*

e. t., lo que no se permite cuando se procede criminalmente, á menos que sean personas ilustres, §. 10. *Inst. e. t. Nov.* 71. *cap.* 1.

1105. La accion de injurias por la ley Cornelia no se concede á todos los que sufren cualquiera injuria, sino á los que fueron golpeados, azotados, ó en cuyas casas se entró violentamente, *si quis pulsatus verberatus, vel ejus domus introita est* (*), *l.* 5. *pr. D.* §. 8. *Inst. e. t.*, mas no á su heredero, contra el ofensor ó el que le manda cometer la ofensa, pero no contra sus herederos, para que pague aquello en que el actor estimare la injuria, *l.* 37. §. 1. *D. e. t. l.* 42. §. 1. D. *de procur.*

(*) Por la palabra *verberare*, azotar, se entendia herir causando dolor; por la *pulsare*, se entendia dar con la mano sin causar dolor; en este caso la injuria no consiste en la ofensa corporal, sino en la afrenta, *l.* 5. §. 1. *D. e. t.*

1106. Por la ley Cornelia se da tambien accion criminal á las personas y contra las personas enumeradas en el párrafo anterior para que se imponga al reo la pena pública, *l.* 5. *l.* 37. §. 2. *D.* §. 8. *Inst. e. t.*

1107. Debe tambien entenderse acerca de estas acciones lo que digimos en el §. 1104.; pero se diferencian estas y aquellas acciones en que la pretoria espira pasado el año, *l.* 5. *C. de injur.*, la civil Cornelia despues de treinta, y la criminal despues de veinte años, *l.* 42. §. 1. *D. de procurat. l.* 3. *C. de præscr.* 30. *vel* 40. *annor. l.* 12. *C. ad leg. Corn. de fals.*

1108. La costumbre autoriza la retorsion, y es un modo de repeler la ofensa devolviendo *incontinenti* la injuria verbal contra el que la causa, *l.* 14. §. 6. *D. de bon. libert. l.* 25. *D. de procurat.* Pero como la retorsion consiste en una venganza privada, es claro que estingue toda accion.

1109. Todos estos modos de reparar la injuria estan recibidos en el foro, pero de suerte que 1.° el juez reforma muchas veces á su arbitrio la estimacion hecha por el actor; 2.° que no se permite al actor valuar la estimacion en aquellas clases de injurias y en los lugares en que cada injuria tiene establecida su pena. Ulr. Hub. *jurisp. hodiern. lib.* 3. *cap.* 9. *part.* 2.; 3.° que en muchos lugares se concede en Germania por las injurias verbales la palinodia ó retractacion.

1110. Acerca de esta accion debe observarse: 1.° que no tiene por objeto la pena del injuriante sino la fama del injuriado, por lo cual,

---

1106. *Se imponga)* Luego no hay entre estas acciones y las pretorias mas diferencias que en cuanto al objeto ó injuria cometida, de que se suponen aqui tres especies, y en cuanto á la duracion de la cual se trata en el §. sig.

1108. *Se estingue)* Por lo que no es de gran consideracion este remedio, principalmente repugnando á la mansedumbre cristiana.

1110. *La pena)* Mas esacto seria decir que tiene por objeto la pena; pues aunque se diga que se entabla para recuperar la fama en cierto modo perdida, sin em-

es persecutoria de la cosa, y puede acumularse con la estimatoria ó con la criminal; 2.º que hay mucha diferencia entre la palinodia, la deprecacion y declaracion de honor. En aquella presta el reo la siguiente fórmula: que es falso cuanto dijo; por lo que va acompañada de cierta infamia. En la segunda manifiesta el reo que se arrepiente de lo dicho, rogando al actor que le dé su perdon como cristiano. Finalmente, en la declaracion de honor se usa esta media fórmula: que confiesa que es un hombre de bien y que nunca creyó lo contrario. Asi pues, la palinodia se emplea raras veces y solamente en las injurias atroces: la deprecacion en las mas leves, pero demasiado manifiestas; y la declaracion de honor se espresa por palabras de un sentido ambiguo. Mev. *Part.* 3. *decis.* 30.

1111. Todas estas acciones se acaban: 1.º por la retorsion; 2.º por la prescripcion; 3.º por la remision espresa, *l.* 17. §. 1. *D. de pact. l.* 11. §. 1. *l.* 17. §. 1. D. *e. t.*, ó tácita, la cual se supone cuando uno se desentiende de la injuria y se familiariza con el reo, §. *ult. Inst. l.* 11. §. 1. *D. e. t.;* 4.º por la muerte asi del ofensor como del ofendido, *l.* 13. *pr. D. e. t.* §. 1. *Inst. de perpet. et temp. act.*, á no ser que el difunto haya contestado el pleito, *l.* 13. *pr. D. e. t.*

»Por nuestro derecho, y segun el *titulo* 25. *lib.* 12. *de la Nov. »Recop., y la ley* 3. *tit.* 9. *Part.* 7., se prescriben penas fijas á ciertas »injurias. El castigo de las demas que no se espresan en estas leyes se »deja al arbitrio del juez.»

TITULO V.

De las obligaciones que nacen de cuasi delito.

1112. Los cuasi delitos son unos hechos ilícitos cometidos por culpa sin haber dolo, §. *ult. Inst. e. t.* Pero no basta que la culpa sea agena como opinó Struvio, fundándose en el §. 1. *Inst. e. t.*, sino que ha de ser propia, como aparece en el ejemplo del juez que sentenció mal, *pr. Inst. e. t. L. ult.* §. 4. D. *naut. caup. stab.*

1113. El primer cuasi delito es el del juez que hace suyo el pleito; dícese que el juez hace suyo el pleito cuando juzga mal; si lo hace por dolo comete delito verdadero, y si por ignorancia ó imprudencia, cuasi delito. En el primer caso es condenado á indemnizar completamente al perjudicado con pérdida del empleo y del honor, *l.* 15. §. 1.

---

bargo, 1.º la fama no se pierde por la injuria, *l. un. al fin. C. de fam. libill.*; y 2.º si se perdiere, no puede decirse que está en el patrimonio, como se supone en la accion persecutoria de la cosa. *L.* 39. *D. de obl. et act. Knorio.*

1111 *Del ofendido)* La razon es, porque las acciones de las injurias tienen por objeto el castigo, y tales acciones jamas pasan á los herederos. ☉

1113. *Del honor)* Por la ley de las doce tablas se imponia pena capital. Gell. *lib.* 20. *cap.* 1. Posteriormente se mitigó esta pena. *L.* 3. 4. 7. §. 3. *D. ad L. Jul. repetend.* Tambien se castigó algunas veces con deportacion. Arg. *L.* 1. *pr. y* §. 1

D. *de jud. l. ult. C. de pœn. jud. qui mal. jud.*, en el segundo, en una pena arbitraria, *pr. Inst. e. t.*, y puede ser demandado con la accion *in factum* (*), *l.* 6. D. *de extraord. cognit. l.* 5. §. 4. D. *de oblig. et act.*

(*) Los doctores la dan el nombre de accion *ex syndicatu*. Podrá decirse que esta pena es injusta, porque el actor no debe proceder contra el juez toda vez que si se consideró perjudicado con la sentencia pudo haber interpuesto el recurso de apelacion. A esto responde muy bien Casp. Zieglerus, *Dicastic. concl.* 45. §. 5., que la omision de la apelacion da derecho á la parte contraria para que no se revoque la sentencia, á no que sea enteramente nula; pero no puede servir de escusa al juez que por ignorancia pronunció una sentencia injusta.

1114. Quedan obligados por cuasi delito; 2.° los dueños ó inquilinos de los cenáculos por el daño que se causa á los transeuntes arrojando ó derramando alguna cosa desde ellos, § 1. *Inst. e. t.*, pues parece que no estan exentos de culpa en admitir en su familia á hombres negligentes y audaces, *l. penult.* §. 2. *D. de his qui effud. vel deject.*

1115. Asi pues, se da accion *in factum* á los dañados ó á sus herederos, *l.* 5. §. 5. *D. e. t.*, *l.* 5. § 5. *D. de his qui effud. vel deject.*, contra el dueño ó inquilino de las casas, y si son muchos contra cada uno *in solidum* (*), *l.* 1. §. *ult. l.* 2. *l.* 3. *l.* 4. *l.* 5. *pr.* D. *lug. cit.*, mas no contra los herederos, *l.* 5. §. 5. D. *lug. cit.*, ni contra el huesped, *l.* 1. § 9. *l.* 5. §. 1. D. *lug. cit.*, para que se les condene en el duplo si el daño es estimable, §. 1. *Inst. e. t. l.* 1. *pr.* D. *lug. cit.*, en cincuenta áureos que se han de aplicar al actor, si se mata á un hombre libre, *l.* 1. §. 5. *D. e. t.*, y si solamente se le hiere, se le deben pagar los gastos hechos en la cura, los salarios que dejó de percibir por razon de su trabajo, y los de que ha de carecer por haber quedado inútil, *l.* 5. §. 5. *l. ult.* D. *lug. cit.*

(*) Uno solo que pague liberta á los demas, *dicha ley* 3. *y sig.* Lo contrario sucede en las acciones penales que nacen de delito, *l.* 11. §. 2. *D. ad leg. Aquil.*

1116. Cuando la accion *in factum* se establece para los cincuenta áureos, es anual, y no compete ni al heredero ni contra el heredero, *l.* 5. §. 5. D. *lug. cit.* §. 1. *Inst. e. t.*, de otra suerte es perpétua, y se da á los herederos, *l.* 5. §. 5. D. *e. t.*

L. 3. §. 5. *D. ab. L. corn. de sicar.* En cuanto á la sentencia, es nula *ipso jure*, *L.* 7. *Cod. quando provoc. non est necess.*

1114. *De los cenáculos)* Cenáculos eran las habitaciones ó pisos superiores de las casas en los que habitaba la plebe romana. Y como solian tener suspendidos en ellas los instrumentos pertenecientes á su oficio, era muy peligroso y espuesto que se cayesen, por lo cual el pretor propuso dicho edicto.

1115. *El dueño)* Entendiéndose que le queda á este salvo siempre el derecho de repetir contra el que arrojó, y si fuere inquilino, no será reconvenido por cuasi delito, sino por locacion ó por otro contrato que entre los dos interviniere.

1116. *Es anual)* Y popular.

Y se da) La primera accion no se da al heredero ni contra el heredero, porque

1117. Tambien comete cuasi delito; 3.º el que suspende ó pone en un lugar por donde pasa ó se reune mucha gente alguna cosa que puede dañar fácilmente, *l.* 5. § 6. D. *lug. cit.*

1118. Este cuasi delito produce accion popular *in factum*, la cual se da á cualquiera del pueblo contra el que puso ó suspendió, mas no contra el habitante, para que ó pague al actor diez áureos, *l.* 5. §. 6. §. 12. §. *ult.* D. *lug. cit.*, ó si un siervo suspendió ó puso las cosas que causaron el daño ignorándolo el dueño, para que se le entregue al dañado en calidad de noxa, *l.* 2. *pr.* D. *de nox. act.*

1119. Si el hijo de familia que vive separado del padre comete alguno de estos cuasi delitos, el padre no puede ser perseguido por ellos, §. 2. *Inst. e. t. l.* 58. D. *de reg. jur.;* pero si el hijo es condenado, se da al vencedor la accion de cosa juzgada contra el padre para que pague del peculio (*), *l.* 57. D. *de judic. l.* 3. §. 11. D. *de pecul.*

(*) Esta disposicion se funda en que obligando los delitos á sus autores solamente, el padre no es responsable por los del hijo, §. *ult. Inst. de noxal. act.*, ni tampoco por sus cuasi delitos. Mas como se hace novacion por la contestacion del pleito, obligándose el hijo por lo mismo á estar á lo juzgado en virtud de un cuasi contrato, y como el padre es responsable por el hijo hasta donde alcanza el peculio, *l.* 1. *l.* 3. §. 11. *D. de pecul.*, es consiguiente, que la accion de cosa juzgada se dé contra el padre hasta donde alcance el peculio.

1120. Tambien compete accion por cuasi delito contra los capitanes de buques, taberneros y mesoneros por el daño causado en las cosas de los pasageros ó huéspedes. Pero se debe advertir, que si el daño es causado por personas estrañas que no estan empleadas en las naves ó tabernas, como son los pasageros ó huéspedes, *l.* 1. *pr.* § *ult. l.* 3. §. 1. *l.* 5. §. 1. D. *lug. cit.*, entonces estan obligados por cuasi contrato, *l.* 3. §. 1. D. *naut. caup. stabul.*; y si el daño es cometido por los sirvientes, quedan obligados por cuasi delito (*), §. *ult. Inst. e. t.* El fundamento de lo primero consiste en que los taberneros, &c., con el hecho de recibir las cosas agenas se presume(**) que se comprometen á cuidarlas; y el de lo segundo, en la culpa que tienen en servirse de hombres malos, *l.* 5. §. *ult.* D. *de oblig. et act.* §. *ult. Inst. e. t. l. ult. pr. y* §. 4. D. *naut. caup. stabul.*

(*) Mas no por el que cometen los siervos, porque el amo no está obligado por sus delitos si los entrega como noxas, *l. un.* §. 5. *D. furt. advers. naut. caup. stab.*

---

se dirige á la vindicta; la posterior es perpetua porque no tanto emana del edicto del pretor cuanto de las mismas leyes de las Doce tablas, ó de la ley Aquilia; no obstante que el pretor hiciera alguna innovacion con respecto á la pena. ✠

1118. *El habitante)* A no ser que fuese él mismo quien puso dichas cosas, ó que mandase ponerlas, ó permitiera que se pusiesen, teniendo facultad para prohibirlo. *L.* 5. §. 9. 10. *D. e. t.* ✠

1120. *Como son los pasageros)* Tambien puede entablarse la accion de arriendo ó de depósito. V. *l.* 3. §. 1. *de naut. caup. stabul.*

No los siervos) Esto es, los propios, pues lo contrario se entenderá si son agenos. *l. un.* §. 5. *L.* 4. *D. naut. caup. stabul.*

Tampoco se obligan por el hurto que cometen los hijos ó la muger, pues este mal es como necesario, *l. fin.* §. 4. *D. naut. caup. stab. l. un.* §. *ult. D. furt. adv. naut.*

(**) Esta presuncion cede á la verdad, y cesa toda accion cuando el capitan del buque, el tabernero ó el mesonero advierten que cada uno cuide de sus cosas, y los pasageros consienten en ello, *l. ult. pr. D. lug. cit.*

1121. El pretor da en virtud del cuasi contrato accion *in factum* persecutoria de la cosa á los huéspedes y pasageros, y á sus herederos, contra los capitanes, taberneros y mesoneros para que restituyan las cosas que han recibido, ó paguen los daños causados aun por un estraño, *l.* 1. *pr.* §. 2. 6. 7. *y ult. l.* 3. §. 1. *y* 4. *l.* 5. §. 1. D. *lug. cit.*

1122. El pretor concede tambien á los mismos accion penal *in factum*, contra los capitanes, taberneros y mesoneros, mas no contra sus herederos, *l. ult.* §. *ult.* D. *naut. caupon. stabul.*, para que paguen el duplo, §. *ult. Inst. e. t.* Esta accion aunque pretoria penal es perpétua, *l.* 7. §. *ult.* D. *naut. caup. stabul.*

1123. Hay otros cuasi delitos de los cuales no se habla en las Instituciones, y son; 5.° la misericordia intempestiva, por la cual se daña á otro, *l.* 7. *pr.* D. *depos.*, y 6.° la connivencia, por la cual permite uno que se cometa un delito que podia y debia prohibir, *l.* 45. *pr.* D. *ad leg. Aquil.* En virtud de ellos parece que tambien se concede accion *in factum.*

1124. »Nuestras leyes han adoptado las disposiciones del derecho »romano sobre esta materia, si bien en las penas impuestas contra los »que tienen suspensa alguna cosa, se aplican para resarcir los daños »y perjuicios, y ademas para penas de cámara.»

TITULO VI.

De las acciones.

1125. Ya hemos dicho en el §. 72. que todo derecho pertenece ó á las personas, ó á las cosas, ó á las acciones. Esplicados los derechos de las personas y de las cosas, pasamos á tratar de las acciones.

1126. La accion en cuanto es derecho pertenece al segundo objeto del derecho, y especialmente á las cosas incorporales, *l.* 49. *D. de verb. sign.*; mas en cuanto es el medio de reclamar un derecho se refiere al tercer objeto. En el primer sentido se puede definir: derecho de perseguir en juicio lo que se nos debe, *pr. Inst. e. t.*; y en el se-

---

1123. *Se daña)* En algunos casos se impone pena *corporis aflictiva* por este delito, cuando el carcelero da libertad al preso. *L.* 14. §. 2. *D. de custod. et exhib. reor.* *

1123. *Prohibir)* De lo contrario, cesando la obligacion de una parte, cesa tambien el derecho de la otra; y cesando este derecho, conviene que cese la accion. *

1126. *Debe)* Pero esta definicion es menos esacta que la segunda, ya porque aqui no tanto consideramos la accion como derecho, ó como parte de nuestro patrimonio, sino mas bien como un medio de conseguir lo que es nuestro, y ya porque bien considerado, en ella solamente se define la accion personal, cuando lo que se quiere es una definicion general de todas las acciones. *

gundo, medio legítimo de perseguir en juicio los derechos que competen asi en la cosa como á la cosa.

1127. Reclamando con las acciones asi los derechos en la cosa como á la cosa, se sigue, que hay unas acciones que son reales, las cuales tambien se llaman vindicaciones, y otras personales que tambien se llaman condictiones (*), §. 1. *Inst. e. t.* Tanto las acciones reales como las personales se subdividen en civiles y pretorias, §. 3. §. 8. *Inst. e. t.*

(*) No por eso negamos que hay acciones mistas, pues en otro lugar probaremos que lo son los tres juicios divisorios y la peticion de la herencia. (*Pand. part.* 2. §. 63.) Tambien lo son las acciones que se acercan mas á las reales ó á las personales.

1128. Derivándose las acciones reales del derecho en la cosa, y naciendo este del dominio pleno ó menos pleno, de la herencia, de la servidumbre, ó finalmente, de la prenda, se sigue: 1.° que hay otras tantas especies de acciones reales, parte civiles y parte pretorias.

1129. Siendo el derecho en la cosa la facultad que compete á uno en la cosa sin respeto á la persona (§. 309.), se sigue; 2.° que la accion real se da contra cualquier poseedor, *l.* 25. *pr. D. de oblig. et act.*, teniéndose tambien por tal aquel que deja de poseer dolosamente, *l.* 36. *l.* 131. *l.* 157. §. 1. *D. de reg. jur.* *l.* 27. D. *de rei vindicat.*; 3.° que el poseedor nunca puede reclamar la cosa, sino en un solo caso (*), §. 2. *Inst. e. t.*, y 4.° que el dueño no puede reclamarla con accion personal, á no ser que haya sido hurtada (§. 10.), §. 14. *Inst. e. t.*

(*) Mas ¿cuál es este caso? Los que numeran la posesion entre los derechos en la cosa suponen que es cuando se molesta al poseedor. Otros se refieren á la especie

---

1127. *Vindicaciones)* Llamáronse vindicaciones las acciones reales de *vindex*, la persona que las intentaba, y del modo mas comunmente de hacerlo entre los romanos, cual era el poner la mano en la cosa que se vindicaba, *manus injectio.* Por el contrario se daba á las acciones personales el nombre de *condictiones*, por la costumbre observada de citar al reo á dia señalado para comparecer en juicio, á lo que se llamaba *condicere. Knorio.*

Reales) Son acciones reales las qus se derivan del derecho en la cosa: como del dominio, del derecho hereditario, de la servidumbre y de la prenda. Pues aunque la accion pignoraticia es por su naturaleza personal, no nace de la prenda como derecho en la cosa, sino considerada como contrato, conceptos que de ningun modo deben confundirse. * Aunque todas las acciones se dirigen contra la persona, diferéncianse sin embargo las reales y las personales, en que estas no se entablan con motivo de cierta cosa determinada, sino con motivo de la obligacion que contrajo una persona, de suerte que las acciones personales solamente tienen una causa, esto es, la obligacion; mas las acciones reales tienen dos causas, la una que reside en la persona del agente, y es el dominio, y la otra en la persona con quien se trata, y es la posesion. *Estor.*

1129. *Un caso)* Hay quienes opinan que este caso se verifica en el intedicto *uti posidetis* ó *utrubi*; á lo que se opone la *ley* 1. §. 3. *D. de interd.* *

No puede) Esto es, no puede alegando ó fundando su accion en el dominio, pues muchas veces el dueño reclama por accion personal (*condicit*) lo que es suyo, mas no por razon del dominio, sino por razon del contrato, v. gr., de comodato, locacion &c. *

contenida en la *l.* 9. *D. de rei vind.*, y otros opinan de diverso modo. Pero es claro que Justiniano habla de la accion negatoria, en la que el poseedor del fundo obra como actor, *l.* 4. §. *ult. l.* 6. §. 1. *D. si serv. vindic.* Asi lo entiende tambien Teófilo en el §. 2. *Inst. e. t.*

1130. El derecho civil concede al dueño en virtud del dominio la vindicacion de la cosa contra cualquier poseedor, ó contra aquel que la deja de poseer dolosamente, *l.* 27. §. 3. D. *de rei vind.*, para que la restituya con todos sus frutos y accesiones, segun la cualidad de la posesion. Esta accion es directa cuando nace del dominio pleno; es útil, cuando del menos pleno como del enfitéusis y del feudo, *l.* 1. §. 1. D. *si ag. vectig. l.* 73. §. 1. *l.* 74. *l.* 75. D. *de rei vind.*

1131. Como el que vindica, no solamente está obligado á probar la posesion de otro sino tambien su dominio, Q. Publicio, pretor, inventó una nueva accion real derivada del dominio fingido (*), §. 4. *Inst. e. t. l.* 7. §. 6. D. *de public. in rem act.* Esta accion se llama publiciana, y se da al que pierde una cosa que recibió con buena fe y justo título de uno que no era su dueño, contra el que la posee con peor título que el suyo, para que se la restituya con todas sus accesiones y frutos, segun la naturaleza de la posesion, §. 4. *Inst. e. t.* Al enfitéuta y al superficiario se da la accion publiciana útil, *l.* 12. §. 2. 3. *l.* 11. §. 1. D. *de public. in rem act.*

(*) Semejante dominio es enteramente pretorio, porque el pretor finge que el actor ha usucapido la cosa que realmente no ha usucapido, §. 4. *Inst. e. t. l.* 7. §. 6. *D. de public. in rem. act.* El fundamento de esta ficcion consiste en que el poseedor de buena fe se considera como dueño cuando se compara con otro que no tiene igual derecho, y por lo mismo se le concede accion real.

1130. *Al dueño)* Por la cual, el actor debe probar que recibió el dominio de la cosa de su verdadero dueño, ó bien que la usucapió. Esta accion se da tambien al tutor por la persona del pupilo, al padre en el peculio del hijo adventicio, al marido en la dote, y al Príncipe en los bienes de la corona. V. J. Voet. *á las Pand. tit. de rei vind. n.* 19.

De la posesion) Pues si es poseedor de mala fe restituirá todos los frutos, aun los que debiera haber percibido, y si es de buena fe, solamente restituye los frutos existentes.

1131. *Una nueva accion)* Porque la vindicacion de la cosa es la mas dificil de las acciones por la prueba que el actor tiene que hacer del dominio. Asi pues, el pretor finge que es realmente dueño el que con buena fe y justo título adquirió las cosas.

Buena fe) Y aqui no se requiere buena fe perpetua, sino que basta que se tenga al principio, porque aqui no se trata de la esclusion del verdadero dueño. V. Struv. *al tit. de public. in rem act.* §. 47.

Con peor título) Asi pues, será absuelto el poseedor, si tuviese título igual al del actor, v. gr., si ambos compraron la cosa á uno que no tenia dominio en ella, porque en igualdad de circunstancias es mejor la condicion del poseedor, *l.* 9. § 4. *D. de public. in rem act.* Si se entabló esta accion contra el verdadero dueño de la cosa, será ineficaz, si el dueño opone la escepcion de su legítimo dominio, de la cual tratan las *leyes pen. y ult. D. e. t.*

La restituye) Puede pedirse por esta accion, no solamente las cosas corporales sino tambien las incorporales, con tal que puedan usucapirse ó cuasi usucapirse, v. gr., las servidumbres personales ó reales. *L.* 11. §. 1. *D. de publ. in rem act.*

1132. De la misma naturaleza es tambien la accion rescisoria. Como por la usucapion se adquiere el dominio, y escluye el derecho del verdadero dueño en tales términos, que si este quiere vindicar la cosa despues de usucapida, se le puede oponer la escepcion de prescripcion, el pretor concedió la accion rescisoria al verdadero dueño (*) que estuvo ausente por miedo, necesidad ó en servicio de la patria, ó á su heredero, contra el poseedor que usucapió alguna cosa durante su ausencia, ó contra su heredero, y al que estuvo presente ó á su heredero contra cualquier ausente que durante su ausencia usucapió una cosa de aquel, y contra su heredero, para que rescindiéndose la usucapion, se le restituya la cosa usucapida con todos sus frutos y accesiones, §. 5. *Inst. e. t. l.* 1. *sig. D. quib. ex caus. maj. in int. rest.*

(*) Por tanto, esta accion se da al dueño contra el dueño; pero el pretor rescinde el dominio de la cosa, y asi como en la Publiciana finge que se ha usucapido la cosa no usucapida, aqui finge que no se ha usucapido la usucapida, §. 5. *Inst. e. t.* Por lo cual, tiene el mismo origen que la anterior, y tambien se llama Publiciana, *l.* 35. *D. de oblig. et act. l.* 57. *D. mand.*

1133. Del derecho hereditario, como que es otra especie de derecho en la cosa, nacen dos acciones civiles, á saber; la peticion de la herencia y la querella de inoficioso. La peticion de la herencia se da al heredero testamentario ó abintestato contra aquel que posee como heredero ó poseedor, ó que deja de poseer dolosamente y contra sus herederos, mas no contra aquellos que poseen por título singular, *l.* 7. *C. de hæred. petit.*, para que el actor se declare heredero, y el poseedor sea condenado á restituir la herencia con sus accesiones y frutos segun la naturaleza de la posesion. Esta accion es verdaderamente real, pero como envuelve cierta responsabilidad pecuniaria á causa de la administracion de la herencia, tambien se llama mista (not. §. 1071.), *l.* 7. *C. e. t.*

1134. La querella de inoficioso, de la que se ha tratado estensamente en el *lib.* 2. *tit.* 18., no es otra cosa que una especie de peticion

---

1132. *Concedió)* Al principio se concedió por espacio de un año útil, ya porque el imperio del pretor solamente duraba un año, ya tambien porque se da contra el derecho civil que introdujo la usucapion. *L.* 35. *pr. D. de oblig. et act.* Posteriormente la estendió Justiniano á cuatro años continuos. *L. ult. C. de temp. in integ. restit.*

Cualquier) Ya sea su ausencia necesaria ó voluntaria. Vid. Vin. al §. 5. *de la Inest. e. t.*

1133. *Abintestato)* Dase tambien esta accion al que compró la herencia y á aquel á quien se le debe restituir por fideicomiso. *L.* 54. *pr. D. de hered. pet.*

Por título singular) Pues contra estos se entabla la accion vindicatoria.

De la posesion) En cuanto á las impensas ó gastos hechos en las cosas hereditarias, atiéndase á la diferencia que hay entre el poseedor de buena y de mala fe. El primero puede exigir que se le abonen todas las que hizo, ya fuesen necesarias, útiles ó voluntarias. El segundo solo las necesarias, y las útiles en cuanto mejoraron la cosa; en cuanto á las voluntárias, deduce las que pueden deducirse sin detrimento de la cosa. *L.* 37.

1134. *Peticion de herencia)* Pues el hijo exheredado por justa causa, pero falsa,

de herencia derivada del derecho civil estrictamente dicho, esto es, de la interpretacion de los jurisconsultos, *l. penult. pr. D. de bonor. poss. contr. tab. l.* 34. *C. de inoff. test.*

1135. Las acciones confesoria y negatoria son civiles, y nacen de las servidumbres y de otros derechos. La confesoria directa se da constituida ya la servidumbre, al dueño ó al usufructuario del prédio dominante, contra el dueño del prédio sirviente que le niega la servidumbre, ó contra el propietario ó cualquier poseedor que le niega el usufructo, para que el juez declare que á él ó á su prédio le compete la servidumbre, mande que se le restituya la facultad de usar y gozar de ella, que se condene al reo en los intereses perdidos por el actor desde la perturbacion, y para que preste caucion de no molestarle en adelante, §. 2. *Inst. e. t. l.* 4. §. 2. *l.* 6. §. 6. D. *si serv. vindic.* La confesoria útil se da al acreedor á quien se entregó el fundo en prenda, al enfitéuta, al superficiario y al fructuario contra el vecino del cual vindica el derecho, *l.* 16. D. *de servit.*

1136. La negatoria se da al dueño del prédio libre (aunque sea poseedor, §. 1129.) que niega deber servidumbre real ó personal, contra cualquiera que afirma que le compete la servidumbre, para que se declare no deberla, se condene al reo en la satisfaccion de los perjuicios causados y dé caucion de no perturbarle en adelante, §. 2. *Inst. e. t. l.* 4. §. 2. *l.* 7. *l.* 12. D. *si servit. vind.*

1137. En la accion confesoria está obligado el actor á probar su derecho. En la negatoria está exento de probar que su prédio no tiene gravamen si está en posesion de él, *l.* 23. *C. de probat. l. ult. C. de rei vind.;* pero no, si el contrario está en la cuasi posesion de la servidumbre. Sin embargo, en el foro prevalece la opinion contraria, fundándose en la autoridad de la glosa, Brunnem. *á la l.* 9. *C. de servit.* Carpzov. *lib.* 1. *resp.* 67.

1138. Del derecho de prenda nacen las acciones pretorias serviana y cuasi serviana (*), §. 7. *Inst. e. t.*

(*) Se asemejan á estas los interdictos personales salviano y cuasi salviano, de los cuales se tratará en otro lugar.

1139. La serviana se da al locador del prédio rústico contra el colono y cualquier poseedor de las cosas espresa ó tácitamente obligadas en prenda para pagar la renta, §. 7. *Inst. e. t.*

1140. Asi como esta accion solamente tiende en la utilidad del locador del prédio rústico, asi la cuasi serviana ó hipotecaria es general,

---

pide que se le dé la parte legítima que se le debe abintestato; sin que el testamento se invalide mas que en este solo capítulo, quedando salvos los demas, v. gr., los legados, fideicomisos &c. *

1137. *Tácitamente)* En los prédios rústicos se han de obligar espresamente las cosas llevadas á ellas, mas los frutos que nacen en ellos se entienden tácitamente obligados en prenda al señor del fundo arrendado, aunque espresamente no se haya pactado. *L.* 6. *y sig. D. in quib. causs. pig. vel hypothec.*

y se da constituida ya la prenda á cualquier acreedor contra el deudor ó cualquiera que posea la cosa hipotecada ó dada en prenda, para perseguirla con los frutos y accesiones (*), §. 7. *Inst. e. t. l.* 16. §. 3. *sig. D. de pign. et hipoth.*

(*) Cuando esta accion se establece contra un tercero, no se puede pedir ni la cosa ni la deuda, porque aunque esté en el arbitrio del reo ó entregar la cosa ó pagar la deuda, *l.* 16. §. 3. *D. de pign. et hipoth. l.* 12. §. 1. *D. quib. mod. pign. vel hipoth. solv.*, el tercero no celebró con el actor ningun negocio por el cual se obligase á pagarle lo que otro le debe en virtud de un contrato.

1141. Estas son las acciones reales, pues la Pauliana, aunque Justiniano la refiere á estas en el §. 6. *Inst. e. t.*, es meramente personal (*), *l.* 38. *pr. y* §. 4. D. *de usur.* Todos los interdictos como demostraremos luego son personales, *l.* 1. §. 3. D. *de interd.* Solo restan las acciones prejudiciales, las cuales tambien se dicen reales, §. 13. *Inst. e. t.*

(*) En cierto modo tambien se puede llamar real, porque se da en virtud del derecho que los acreedores han conseguido por medio de la posesion de todos los bienes del deudor. V. Pagenstech. *Admon. ad Pand. part. VI.* §. 212.

1142. Son prejudiciales las acciones en que se controvierte acerca del estado de los hombres, v. gr.; si alguno es siervo ó libre, cuyo juicio se llama causa liberal, *tit.* D. *de liber. caus.*, si es liberto ó ingénuo, *l. ult. D. si libert. ing. ess. dic.*; si se ha de reconocer el parto ó no, *l.* 3. §. 1. D. *de agnosc. et al. liberis. et parent.*

1143. Procede por causa liberal, ó el amo contra el siervo que se tiene por libre para que vuelva á la servidumbre, ó el que reclama la libertad para que se le declare libre contra aquel que le obliga á servir, *tit.* D. *de liber. caus. l.* 1. *C. de assert. toll.* Como el siervo se numera entre las cosas, la primera accion es vindicacion de la cosa; pero la segunda se asemeja á la negatoria, porque el que reclama la libertad niega que otro tiene derecho sobre él. Lo mismo se debe decir

---

1140. *Cualquiera que posea)* Aunque no sea deudor. Pues si se entabla contra un tercer poseedor, tendrá este la escepcion de orden y de escusion por la *Nov.* 4. *cap.* 2. *y* 112. *cap.* 1. *

1141. *Es personal)* En el escolio se espresa el sentido en que la llama real Justiniano. Obsérvese que los poseedores estan obligados á restituir gratis estas cosas enagenadas, y si las adquirieron por título oneroso solamente en el caso de ser sabedores del fraude, mas si por lucrativo, ora supiesen ó no el fraude. * Ademas, se dice personal esta accion, porque compete, no contra todos los poseedores de las cosas enagenadas en fraude de los acreedores, sino solamente contra aquellos que las adquirieron por título lucrativo, en cuanto aumentaron con ellas su patrimonio. *Knorio.*

1142. *Prejudiciales)* Llámanse asi, ó porque siempre son prévias á otro juicio que se ha de intentar, v. gr., como la que se entabla para que se declare la filiacion del poseedor de un feudo, para reclamar su sucesion, * ó porque la decision que se solicita por su medio perjudica á otras personas, entre las cuales nazca despues semejante cuestion.

del otro caso en que se discute si alguno es ingénuo ó libertino. Cuando el patrono procede contra el liberto que se tiene como ingénuo, la accion es semejante á la confesoria; pero si el ingénuo reclama contra aquel que injustamente ejerce sobre él los derechos de patronato, entonces la accion es semejante á la negatoria.

1144. La accion de reconocer el parto se da á la muger repudiada contra el marido que la repudió, estando ya embarazada para que reconozca y alimente el hijo. Igual accion se concede al padre contra su muger repudiada, para que se declare el hijo como suyo. Este puede tambien proceder contra sus padres para que le reconozcan y alimenten, §. 13. *Inst. e. t. tit.* D. *de agnosc. et alend. liber.*

1145. Las acciones personales, que tambien se llaman condictiones, se derivan del derecho á la cosa, §. 15. *Inst. e. t.*

1146. Siendo el derecho á la cosa la facultad que compete á una persona contra otra para que le dé ó haga alguna cosa se sigue: 1.° que las acciones personales no se dan contra cualquier poseedor (*), sino contra aquel con quien medió algun negocio, *l.* 25. *pr.* D. *de oblig. et act.* §. 1. *Inst. e. t.*; 2.° que todas nacen de obligacion y no solamente de la natural, sino tambien de la que recibe fuerza, ó del pretor ó del derecho civil. Por esto se dividen en civiles ó pretorias, §. 2. 3. *Inst. e. t.*

(*) Hay algunas que aunque son personales se dan sin embargo contra el tercer poseedor, y por eso se llaman *in rem scriptæ*; tales son la Pauliana, *quod metus causa*, las noxales, *ad exhibendum*, *aquæ pluviæ arcendæ*, *l.* 9. §. *ult. D. quod. met. caus. l.* 3. §. 3. *D. ad. exhib.*, de las cuales se tratará en otro lugar.

1147. Naciendo estas acciones personales de una obligacion, y como esta proviene ó inmediatamente de la equidad ó de la ley, ó mediatamente de un hecho obligatorio, á saber, de convencion ó delito (771.), se sigue, que las acciones personales se derivan en parte de un hecho obligatorio.

1148. Las leyes rara vez conceden acciones en virtud de sola la

---

1144. *Alimenten)* En cuyo caso el hijo no tiene que probar mas, sino que su madre vivió en justo matrimonio; pues se reputa como padre el que demuestra un matrimonio legítimo, á no ser que repugne por razon del tiempo de la concepcion del hijo.

Al fin) Estas acciones prejudiciales se dan tambien á los hermanos y otros cognados para que se declare su parentesco ó su descendencia de familia noble. Vin. al §. 13. *Inst. e. t. n.* 6.

1145. *Se derivan)* O lo que es igual, de la obligacion, pues siempre que se pide por contrato, por delito ó por equidad natural, se pide contra la persona.

1146. *In rem scriptæ)* Llámanse asi porque no se hace en ellas mencion de la persona agente. *L.* 9. §. 1. *D. quod. metus causs.*

1147. *Por equidad)* Entiéndase de aquella que está ausiliada por derecho escrito, pues la equidad que alguno supone contra las leyes y contra el derecho escrito se suele llamar por los jurisconsultos *cerebrina*. V. Tomasio. *Diss. de æquitat. cireb. L.* 2. *de rescind vendit.*

equidad, pero el pretor y los ediles lo hacen con frecuencia. A estos pertenecen: 1.º la accion *ad exhibendum*, nacida de la equidad solamente sin mediar ningun hecho obligatorio, *l.* 3. §. *penult. D. l.* 7. *C. ad exhib. l.* 2. §. 5. *D. de aq. quot. et æstiv.*, y se da á aquel á quien interesa especialmente la presentacion de una cosa mueble en juicio cuando en él se introduce la peticion de ella, contra cualquier poseedor para que la manifieste, ó si no se manifiesta por dolo, para que pague cuanto el actor jure se interesa en su adquisicion, *l.* 3. §. 9. *l.* 9. §. *penult. l.* 10. *sig.* D. *ad exhibend.;* 2.º la accion de *edendo* (para dar cuentas), *l.* 4. §. 1. *l.* 10 §. 1. *D. de edend.*, se da contra los banqueros, pero no contra sus herederos, para rendir cuentas ó pagar lo que interese, *l.* 4. *pr. l.* 6. *l. ult.* D. *de edend.*

1149. 3.º Nacen tambien de sola equidad muchos interdictos que prohiben que no se cometa fuerza contra aquel que usa de sus cosas, ó que desea aprovecharse de ellas.

1150. Las restituciones *in integrum* se dan por sola equidad (*), pues el pretor movido de ella rescinde los negocios que son válidos por estricto derecho, dando restitucion *in integrum* á los que fueron en algo perjudicados por miedo, dolo, edad, ausencia, mutacion de estado, ó enagenacion por causa de transferir el pleito en otro, *l.* 1. *l.* 2. D. *de restit. in int.*

(*) El fundamento de las restituciones es la sola equidad, la cual modifica el derecho escrito; y asi, no se conceden por el delito de otro como la fuerza y dolo, aunque estos sean verdaderos delitos, sino por la equidad, la cual no permite que uno perjudique á otro de este modo, y que se haga mas rico con daño de tercero. De aqui es, que el pretor no castiga directamente la fuerza y dolo, sino que restituye al engañado por miedo y dolo á causa de haber sido perjudicado; de suerte que si no se prueba el daño no hay restitucion.

1151. De esta especie son: 1.º la accion por causa de miedo (*quod metus causa*), la cual se da por el pretor á la persona que ha sido perjudicada en un contrato de estricto derecho, por miedo justo ó á sus herederos contra aquel que infirió el miedo (no contra sus he-

---

1150. *In integrum*) Para esta restitucion debe siempre suponerse los siguientes requisitos: 1.º que haya habido perjuicio, y que pueda probarse: 2.º que el perjuicio dimane de alguna de las causas enumeradas: 3.º que el acto en que se causó sea válido por derecho y que se rescinda por sola equidad.

1151. *De estricto derecho*) Pues si fuere perjudicado en un contrato de buena fe, entonces será *ipso jure* nulo el contrato, aunque disientan muchos autores, porque nada hay mas contrario á la buena fe, que la fuerza y el miedo, *L.* 116. *D. de reg. jur.* V. Noodt. *de form. emend. dol. mal. cap. ult.* La misma distincion debe hacerse con respecto á la accion de dolo malo, de que se trata en el §. sig. si el dolo dió causa al contrato de buena fe, mas no si fuese incidente en el contrato. (§. 903.)

Justo) Llámase aqui miedo justo el que cae en varon constante, en oposicion al terror pánico. En otros casos se llama temor justo el que se impone con derecho á otro, v. gr., el que impone el magistrado al deudor para que pague, y por este es claro que no se da restitucion *in integrum. L.* 3. *D. ex quib. caus. major.*

O á sus herederos) Y á todos los interesados en ello, como son los fiadores &c. *L.* 14. §. 2. 6. 8. *D. quod met. caus.*

rederos), y contra cualquier poseedor de la cosa perdida para que la restituya con todos sus frutos y accesiones, y todo cuanto por causa de ella se hubiere percibido ó dejado de percibir, ó para que pague el cuádruplo si no se restituye al arbitrio del juez, *l.* 9. §. 8. *l.* 12. *l.* 14. §. 7. *D. quod met. caus.* §. 27. *Inst. e. t.*

1152. 2.º Es del mismo género la accion de dolo malo que se da subsidiariamente á la persona engañada (y en los contratos de estricto derecho, ya sea que el dolo dé causa al contrato, ya que sea incidente, *l.* 7. *pr.* §. 7. *D. de dol. mal.*), ó á su heredero, contra el que engaña (mas no contra su heredero) para restituir la cosa perdida por dolo, con todo cuanto por causa de ella se hubiere percibido ó dejado de percibir, ó si no se restituye, para pagar lo que interese, *l.* 1.ª *l.* 13. D. *de dol. mal.*

1153. 3.º Concede tambien por equidad el pretor restitucion á los menores de veinte y cinco años que han sido perjudicados, y á sus herederos, contra aquellos con quienes tuvieron el negocio en que recibieron perjuicio, ó contra sus herederos, para que les restituyan íntegramente en su derecho, *l.* 13. §. *ult. l.* 12. *l.* 14. *l.* 24. §. 8. *l.* 28. D. *de minor.* Esta accion carece de nombre particular, *l.* 24. §. *ult. D. de minor.*; 4.º Tambien concede accion rescisoria á los ausentes en

---

Poseedor) En el simplo ó tanto. *L.* 9. *C. de his quæ vi met. causs.*

La restituya) Porque concurriendo miedo ni hay derecho para obligar ó compeler, ni para aceptar, y cesando la aceptacion, cesan las convenciones. Pufendorf. §. 1. *N. G. lib.* 3. *cap.* 6. §. 10. Estor.

1152. *Engañada*) Con tal que el engaño sea de consideracion y evidente, escediendo por lo menos de dos áureos. *L.* 7. §. *ult. L.* 9. §. *ult. L.* 10. *y sig. D. de dol. mal.*

No contra su heredero) Sino en aquello que llegase á su poder, ó si se hiciese dolosamente de modo que nada llegase á su poder. *L.* 17. §. 1. *L.* 26. *y sig. D. de dol. mal.* Pues esta accion es famosa y no puede instituirse contra aquellos á quienes se debe cierto respeto, v. gr., contra los parientes, patronos, ó dueños del feudo, contra los cuales puede repetirse con la accion *in factum.* Por la misma razon dura esta accion dos años, siendo asi que las demas restituciones duran cuatro. Mas sin embargo de estinguirse esta accion pasados dos años, puede entablarse la accion *in factum* en cuanto hubiere aumentado su patrimonio por medio del engaño que lo causó. *L.* 28. *D. de dol. mal.*

Lo que interese) Lo cual se estima por el juramento del actor. *L.* 18. *pr. D. de dol. mal.*

1153. *A los menores*) Tambien se concede este beneficio á las iglesias, ciudades y lugares llamados piadosos y otras corporaciones que son dirigidas por cuidados agenos.

Perjudicados) Aunque no hubiere intervenido dolo; pues el pretor dice: *utiquæ res sit. L.* 1. §. 1. *D. de minor.* Se esceptuan los casos en que el mismo menor cometiese dolo, en que se le perjudicase por caso fortuito, ó se le pagase por derecho judicial. *L.* 9. §. 2. *l.* 11. §. 4. 5. *D. de min. l.* 25. *C. de admin. tut.* Mas la restitucion *in integrum* no deja de tener lugar con respecto á la venta de un prédio hecho á bajo precio, porque haya intervenido en ella la autoridad ó el consentimiento del tutor ó del curador, ó decreto del magistrado. *L.* 2. *y* 3. *C. si tut. vel curat. intes l.* 11. *C. de præd. et al. reb. min. sine decret. non alien.*

Les restituyan.) Y los menores de edad pagan cuanto adquirieren de mas en la cosa, como los gastos hechos en ella, prévia tasacion de las mejoras por declaracion jurada de peritos.

servicio de la república contra los presentes, ó á los presentes contra los ausentes; pero como esta accion es real, ya se ha tratado de ella en el §. 1076. Las demas restituciones *in integrum*, á saber, por la capitis diminucion y por la enagenacion hecha á causa de transferir el pleito en otro, ya no estan en uso.

1154. De la equidad ó quizá de cuasi contrato nace, 5.° la condiction sin causa, de la que se ha tratado en el §. 945., y finalmente, 6.° la accion Pauliana ó revocatoria (*), la cual se da á los acreedores puestos en posesion de los bienes del deudor, ó á sus herederos, para rescindir ó revocar las enagenaciones hechas por sus deudores en fraude suyo contra cualesquiera poseedores sabedores del fraude, y contra sus herederos aunque ignorantes, ó contra aquellos que poseen por causa lucrativa, para que se les restituyan las cosas enagenadas con todos sus frutos, §. 6. *Inst. e. t.* Las acciones Faviana y Calvisiana son semejantes á estas. Véase el §. 1132.

(*) El fundamento de esta accion considerado como personal es la mera equidad y no el delito, porque si naciera de este, no podria establecerse contra el poseedor ignorante del fraude. Tampoco cometia delito el que compraba á aquel á quien el derecho civil permitia vender sus bienes antes del concurso de acreedores, *l.* 26. *D. de contrah. empt.*

1155. La ley da inmediatamente la *condictio ex lege* (segun la ley), siempre que se establece obligacion por alguna nueva ley, y no se determina la accion con que se ha de proceder, *l. un.* D. *de condict. ex leg.* Asi el donatario procede contra el donante en virtud de la *l.* 35. §. *ult. C. de donat.*; el donante para revocar el eseeso de la donacion que no se insinuó en virtud de la *l.* 21. *fin. de donat.*, y el contrayente dañado en mas de la mitad, para rescindir el contrato contra el que le dañó, en virtud de la *l.* 2. *C. de rescind. vendit.*, &c.

1156. Nacen acciones mediatamente de un hecho obligatorio asi en virtud de convencion como de delito; pero como las convenciones se dividen en pactos y contratos, y aquellos en nudos y no nudos, resulta que antiguamente los pactos no produjeron ninguna accion; mas hoy unos conceden *condictio ex estipulatu*, otros *condictio ex lege*, y otros *condictio ex moribus*. Ulr. Hub. *Præl. ad Dig. lib.* 2. *tit.* 29. §. 2. Schilter. *Exercit.* 8. §. 5. Pero en constando que se da accion no hay necesidad de su nombre.

Por causa de transferir el pleito) Esta accion restitutoria se da contra aquel que enagenó la cosa sobre que se litiga, para oponer al contrario un adversario mas poderoso, y por ella se le pide que preste todo cuanto interese al actor no haber tenido otro contrario mayor. *l.* 3. §. 4. *de alienat. jud. mut. causs.* Pero propiamente hablando, esta accion no puede llamarse restitucion *in integrum*, puesto que no se rescinde la enagenacion.

1154. *Al fin*) Diferéncianse de la Pauliana en que por aquella revocan los acreedores lo que se enagenó en fraude suyo; por esta, obra el patron para recibir aquellas cosas que enagenó el liberto en fraude suyo.

1157. El pacto no nudo es, ó legítimo, ó pretorio, ó añadido. El legítimo recibe su fuerza de la ley, y el pretorio del pretor (736). De todos los legítimos nace *condictio ex lege*, de la que se ha tratado en el §. 1155. Los añadidos producen la misma accion que el contrato de buena fe, á que se agregan, *l.* 7. §. 5. D. *de pact. l.* 69. D. *pro soc. l.* 79. *de contrah. empt. l.* 4. D. *de leg. commiss. l.* 6. *D. de in diem addit.*

1158. Los pactos pretorios son la hipoteca, el constituto, y el juramento deferido estrajudicial ó voluntario. (777.) De la hipoteca que aunque no se entrega produce derecho en la cosa (339. *), no nacen acciones personales, sino las reales serviana y cuasi serviana ó hipotecaria, de que se ha tratado ya el en §. 1138. y sig.) La accion personal de *constituta pecunia*, derivada del pacto de constituto (*), se da al acreedor contra aquel que se compromete á pagar por medio de un pacto lo que él ú otra persona debe, §. 9. *Inst. e. t.*

(*) El que hoy se compromete por otro se considera como fiador, porque entre el pacto y la estipulacion no hay ninguna diferencia en cuanto á los efectos. Tampoco se usa ya de la accion receptiva, la cual se daba al acreedor contra el banquero que se comprometia por sí ó por otro, ó contra su heredero, para que pagase aquellas cosas á que se comprometia, fuesen ó no de las cosas que se consumen con el uso, *Theof. al* §. 8. *e. t.* Salmas. *de modo usur. cap.* 16. Justiniano refundió dicha accion en la de constituta pecunia, *l.* 2. *C. de const. pec.*

1159. El juramento deferido voluntario produjo antiguamente por estricto derecho el mismo efecto que el pacto nudo, *l.* 35 §. 1. *D. de jurejur.* Pero el pretor le dió despues fuerza, y concedió accion *in factum ex jurejurando*, para que defiriendo el reo al juramento del actor, aquel pagase á este lo que juraba que le debia, §. 11. *Inst. e. t.*

1160. Síguense los contratos, que son, ó verdaderos contratos, ó cuasi contratos. (778). Los verdaderos se dividen en nominados é innominados (779.), y tambien en reales, verbales, literales y consensuales. (780.)

1161. Los reales son cuatro, á saber, mútuo, comodato, depósito, prenda. Del mútuo nace condicion certi, ó accion de mútuo. (791.) Del comodato accion de comodato directa y contraria. (803.) Del de-

---

1159. *Voluntario)* El juramento se divide en voluntario, necesario y judicial. El voluntario es el que una parte defiere ú ofrece á la otra estrajudicial y convencionalmente allanándose á pasar por lo que esta jure. Necesario es que una parte defiere ó refiere á la otra judicialmente. Y judicial es el que el juez de oficio manda hacer en las causas dudosas por escasez de pruebas. Este se divide en supletorio y purgatorio. Sobre esta materia disienten los intérpretes latinos de los griegos. V. Verill. *Obs. lib.* 3. *cap.* 13. Hein. *Exercit. de lubricit. jusjur. supplet.*

Al fin) Sin que obste que jure con verdad ó no, porque todo juramento que defiere una parte á otra se tiene por verdad, por transacion y por cosa juzgada: lo contrario seria si se defiere el juramento purgatorio ó supletorio, pues que puede retractarse y volverse á hacer en nuevos juicios.

pósito accion de depósito directa y contraria. (814. y sig.) De la prenda accion de prenda directa y contraria. (824.) Del interdicto salviano y cuasi salviano se tratará en otro lugar.

1162. De las obligaciones verbales nace la accion *certi et incerti ex stipulatu*; y de la obligaciòn literal la condicion del quirógrafo ó vale.

1163. Los contratos consensuales son: 1.° La compra venta, de la que se derivan las acciones de compra venta, y la redibitoria y *quanti minoris* en virtud del edicto del edil (913.); 2.° la locacion conduccion produce las acciones de locacion conduccion (928.); 3.° el contrato enfitéutico, del que nacen dos acciones enfiteuticarias directas (939.); 4.° la sociedad, de la que se deriva la accion de socio (951.), y 5.° el mandato, del cual nace la accion directa y contraria de mandato. (962.)

1164. Todos los contratos innominados producen una accion general, á saber: la accion *in factum* ó *præscriptis verbis*, *l.* 5. §. 1. *sig.* D. *de præscr. verb.*, asi llamada, no por el nombre del contrato, sino porque demuestra la cosa hecha con palabras determinadas, *l.* 6. *C. de transact.*, y se da á aquel que dió ó hizo, contra el que prometió alternativamente dar ó hacer alguna cosa para que la cumpla, y en su defecto para que pague lo que interese, *l.* 5. §. 1. *sig.* D. *de præcr. verb.* De aqui nace tambien la accion de causa dada, causa no seguida, de que se ha tratado en el §. 912.

1165. Síguense los cuasi contratos; tales son la gestion de negocios, de la que nace accion directa y contraria de negocios hechos (927.); la tutela, de la que se deriva accion de tutela directa y contraria (976.), la comunion de la herencia, de la que resulta accion *familiæ erciscundæ* (982.); la comunion de bienes, de la que nace la accion *communi dividundo* (983.), aunque estas sean mistas en cierto modo (1127.); la adicion de la herencia, la cual produce accion personal de testamento (986.); la paga de indebido, de donde emana la condicion de lo indebido (191.); la recepcion de las cosas hechas por los capitanes de buques, taberneros y mesoneros, de donde nace la accion *in factum de recepto* (1121.): el cuidado del entierro, de donde la accion funeraria, la cual se da al que hace los gastos de un en-

---

1162. *Certi et incerti)* Aquella se entabla si se prometió una especie, esta si un género: en este caso se ignora la cosa que se prometió, su calidad y cantidad, y lo contrario sucede en el primero. ☙

1165. *Sean mistas)* Esto es, tanto reales como personales, §. 20. *Inst. e. t.*, y porque no se derivan solamente de cuasi contrato, sino del derecho hereditario y del dominio, que son derechos en la cosa. ☙

De recepto) La cual se da por toda clase de daño, escepto el que proviene por el daño fatal, caso fortuito, y se cree tal el que tiene principio fuera de la nave ó posada. ☙

La acicon funeraria) Cujacio espresa lo que se reclama por la accion funeraria. *Obs. lib.* 2. *cap.* 17.

★

tierro ageno aun no adida la herencia, y tambien á su heredero, contra aquel á quien pertenecen los bienes, ó contra su heredero, para que se le restituyan dichos gastos con preferencia, *l.* 14. *l.* 15. *D. de religios.*

1166. Los delitos son ó verdaderos ó cuasi delitos. Aquellos se dividen en públicos ó privados, ordinarios ó estraordinarios. De los públicos se tratará en el título XVIII, de los estraordinarios en las Pandectas, y de los privados aqui.

1167. Tales son el hurto, del que nace la condicion furtiva y accion de hurto (1162. y 1163.); la rapiña, de donde la accion de bienes robados y la de hurto (1176.); el daño injustamente causado, el cual se vindica con la accion de la ley Aquilia (1087. 191.), la injuria, por la que competen las acciones pretoria de injurias, criminal, persecutoria, y de la ley Cornelia de injurias. (1102. 1105.)

1168. Nacen tambien de verdadero delito: 1.º la accion de *albo corrupto*, que se daba á cualquiera del pueblo contra el que dolosamente borraba alguna cosa del albo del pretor, para que pagase quinientos áureos, los cuales se aplicaban al actor, *l.* 7. *pr.* D. *de jurisdict.;* 2.º la accion *in factum*, por la cual se vindicaba el dolo de aquel que establecia ó impetraba un nuevo derecho injusto, compeliéndole á quedar sujeto á él, *l.* 1. §. 1. *quod quisque jur.;* 3.º la accion penal *in factum* que se daba al actor ó al reo contra el adversario que no obedecia al juez para que pagase cuanto era ó importaba la cosa, *l. un.* D. *si quis jus. dic.;* 4.º la accion *in factum* que se da al actor contra el que llamado á juicio, se exime por fuerza, para que pague lo que el actor estimare interesarle, *l.* 5. §. 1. D. *ne quis eum qui in jus. voc.;* 5.º la accion *in factum* contra el que impide que otro comparezca en juicio, por la cual es compelido á pagar todo lo que interese, *l.* 3. *pr. D. de eo per quem fact. erit.*

Restituir) Añádase en primer lugar, porque esta accion es privilegiada, pues que se pagan estos gastos primero que todos los demas créditos. Esto tuvo origen de que los antiguos juzgaban que los cadáveres insepultos no entraban en los campos Eliseos, y por consiguiente que el que los sepultaba habia manejado los negocios del difunto útilmente. *L.* 3. *D. de negot. gest.*

1168. *Album*) El album del pretor no era otra cosa que una tabla blanqueada en que escribia el pretor su edicto ó manifiesto en grandes letras para que se leyese mas facilmente. V. Gui. Ott. Reitt. á Teóf. *par.* §. 12. *e. t.* y Cuj. *Obs. lib.* 21. *cap.* 24. Otros autores dicen que el edicto del pretor se llamaba *album* porque se escribia en letras blancas.

A quedar sujeto) He aquí como se esplica Ulpiano en la ley citada. Este edicto es de suma equidad y nadie puede quejarse justamente, porque ¿quién llevará á mal ser juzgado por aquel mismo derecho porque él mandó juzgar á otros?

No obedeció) Es reo de este delito el que no satisface ó entrega inmediatamente lo que se le manda por el juez, sino que deja que se lo reclamen en juicio ejecutivo, como aparece de la *ley un. D. si quis jus dic. non obtemperav.*

Cuanto era) Esto es, cuanto interesaba al actor. Otros dicen que debe considerársele en cuanto su contumacia y el desprecio hecho al juez requieren.

Estimare) O cuanto pidiese el actor en su demanda, aunque se le debiere menos, ó nada. Steckio *Vindic. cap.* 1.

1169. Pertenecen tambien á los verdaderos delitos; 6.° la accion *in factum* de calumniadores que se da al calumniado, mas no á su heredero, *l.* 4. D. *de calumn.*, contra el que recibió dinero para hacer ó no hacer alguna cosa con el objeto de calumniar. Si se establece dentro de un año, la pena es el cuádruplo; y si despues de él, en el simplo, *l.* 1. *pr.* D. *lug. cit.*; 7.° la condicion por causa torpe, de la que se ha tratado en el §. 992, aunque tambien puede derivarse de otra fuente; 8.° la accion del siervo sobornado, por la cual el amo ó su heredero exige el duplo del que sobornó al siervo, §. 23. *Inst. de action.*; 9.° se da accion *in factum* contra el agrimensor que no señala á los campos sus propios límites, ó que por sí ó por otro renuncia á los de un tercero, para que pague lo que interese, *l.* 1. *pr. l.* 3. §. 1. *l.* 5. §. 1. D. *si mensor. fals. mod.*

1170. Nacen tambien de delito la accion de cosas quitadas, la de tutores sospechosos, y la de *rationibus distrahendis*, de todas las cuales se ha tratado ya.

1171. Hasta aqui de los delitos verdaderos: de todos los cuasi delitos emana la accion comun *in factum*, segun hemos visto en los (1113. 1115. 1118. y 1122.)

1172. La segunda division de las acciones es en persecutorias de la cosa, por las cuales perseguimos lo que nos falta de nuestro patrimonio, *l.* 35. *pr. D. de oblig. et act.*; en penales, por las que perseguimos la pena establecida por las leyes, *l.* 7. *D. de serv. export.*, y en mistas, por las cuales perseguimos en parte la pena establecida por las leyes, y en parte lo que interesa, §. 16. *Inst. e. t.*

1173. Persecutorias de la cosa son: 1.° todas las reales de que se ha tratado desde el 1128. hasta el 1144.; 2.° las acciones de las convenciones de que se habla en el 1156. *y sig.*, escepto el depósito miserable, del cual nace accion en el duplo cuando se comete dolo (812.), §. 17. *Inst. e. t.*; 3.° la condicion furtiva, y la accion de cosas quitadas (1072.), *l.* 7. §. 1. 2. D. *de condict. furt. l.* 25. §. 2. D. *de rer. amot.*

1174. Penales son casi la mayor parte de las que nacen de delito, como la accion de hurto, de albo corrupto, y otras semejantes, §. 18. *Inst. lug. cit.* Son mistas la accion de los bienes robados, la de la ley Aquilia, la de los legados dejados á los lugares venerables ó á la igle-

---

1169. *Renuncia*) Entiéndase si lo hiciere por dolo malo ó culpa lata; pero no, si por impericia ó negligencia, pues que debe imputársela á sí mismo el que se valió de él. *L.* 1. §. 1. *D. si mens. fals. mod.*

1172. *Establecida*) Diferéncianse tambien las acciones *rei persecutorias* y las penales en cuanto al efecto, en que aquellas no son famosas aunque provengan de delito, pero estas infaman siempre que la condena se hace por dolo.

1173. *Miserable*) He aqui una accion penal que proviene de contrato: hay otra del mismo género proveniente de última voluntad, y es la que tienen las iglesias ú otros lugares piadosos contra el heredero que se niega á pagarles el legado, ó que les retarda su paga, para que se le condene en el duplo.

sia, la cual se da en el duplo contra el heredero que niega deberlos, ó que es moroso en entregarlos, §. 19. *Inst. e. t.*

1175. Todas las acciones se dan ó en el simplo, ó en el duplo, ó en el triplo, ó en el cuádruplo, §. 21. *Inst. e. t.*

1176. Tienen accion en el simplo todos los que persiguen la cosa, y por tanto se dan en el simplo todas las acciones persecutorias de la cosa, §. 22. *Inst. e. t.*, y ciertas acciones penales y mistas despues que ha pasado un año, como la accion de calumniadores, y la accion de bienes robados.

1177. Hay ciertas acciones que se dan en el duplo desde el principio, tales son la del hurto no manifiesto, y la del siervo sobornado; otras despues de entablada cuando se niega, como la accion de la ley Aquilia, la del depósito miserable; y otras, ó negando ó difiriendo la paga, como la accion de los legados que se dejan á las iglesias ó á otros lugares venerables, §. 26. *Inst. e. t.*

1178. Se daba accion en el triplo contra el que cobraba en el libelo de demanda mayor cantidad de la que se le debia, con el objeto de que los curiales pudieran exigir del reo mayores espórtulas (*), §. 24. *Inst. e. t.*

(*) Pues estas se daban en proporcion á la cantidad que se exigia; de suerte que si llegaba á cien áureos, se debia dar medio áureo, segun observa Teófilo *al* §. 24. *Inst. e. t.*

1179. Se dan en el cuádruplo desde el principio ciertas acciones penales, como la accion de hurto manifiesto, la accion *in factum* de calumniadores, la accion de bienes robados, y la que se da contra los curiales que exigen mas espórtulas de las debidas, §. 25. *Inst. e. t.* Esceptúase la accion *quod metus causa*, pues se da al principio en el simplo; mas si el reo no restituye la cosa al arbitrio del juez, entonces se da en el cuádruplo, §. 27. *Inst. e. t. l.* 14. §. 1. D. *quod met. caus.*

1180. 1181. Hay tambien acciones de buena fe, de estricto dere-

---

1175. *Cuádruplo.*) Arguyen algunos diciendo, que hay casos en que la pena se estiende á todos los bienes del delincuente, como cuando se le confiscan los bienes; pero es vana su objecion, pues que se refiere á los delitos ó crímenes públicos, de que se trata en el *tit. ult.*, y aqui solamente hablamos de las acciones privadas, y estas nunca esceden del cuádruplo. *

1176. *Los que persiguen la cosa*) Pues su objeto no es lucrar, sino evitar el daño, por lo que deben contentarse con el simplo. *

Pasado un año) Obsérvese sobre este particular la regla siguiente: siempre que se ha prescrito la accion pretoria penal temporal no puede pedirse en el duplo, en el triplo ó en el cuádruplo, sino en el simplo.

1177. *Cuando se niega*) O mas claro, cuando el reo persiste en dolo ó es contumaz, á las que pertenecen en primer lugar las acciones que crecen por la negacion que hace el reo. * *Estor.*

Depósito miserable) Esto proviene del derecho introducido despues del edicto perpetuo; pues anteriormente toda accion sobre un depósito negado se daba en el duplo. *Estor.*

cho y arbitrarias, §. 28. 31. *Inst. e. t.* Para entender bien esta division, se debe advertir, que los pretores y magistrados ordinariamente no conocian sino de los asuntos de derecho, y de las que se practicaban antes de la contestacion del pleito, mientras que las demas se delegaban ó á los jueces ó á los árbitros, *l.* 15. *pr.* D. *de re judic.*, para que conociesen del hecho y pronunciasen sentencia segun la fórmula prescrita por el magistrado, Ger. Noodt. *de jurisd. lib.* 1. *cap.* 8.

1182. Habiendo algunos negocios de tan estricto derecho que el juez no puede decidir nada mas que lo convenido, y otros en que se le permite determinar segun la equidad, resultó, que en aquellos el juez era nombrado bajo la siguiente fórmula: si aparece que Ticio debe ciento segun lo estipulado, condénalo en ciento. Por tanto el juez pedáneo, circunscrito á la fórmula del pretor, no podia condenar á pagar las usuras ni ninguna otra cosa. Venian de este modo al juicio, dice Ciceron, para ganar ó perder todo el pleito. Cic. *pro Q. Rosc. cap.* 4. Senec. *de benef. lib.* 3. *cap.* 3. Las acciones en virtud de las cuales conocia el juez con esta fórmula se llamaron de estricto derecho.

1183. Por el contrario, en los negocios que podian decidirse segun la equidad, el pretor no determinaba suma cierta, sino que en los contratos consensuales nombraba el árbitro del modo siguiente: si aparece que Ticio debe á Mevio por locacion, condénesele á pagar tanto cuanto debe darle, consultando la buena fe. En las acciones nacidas del contrato fiduciario, se añadia en lugar de las palabras de buena fe la fórmula: como conviene que se haga entre hombres de bien. En la accion de las cosas de la muger: en lo que sea mas equitativo, Cic. *de Offic. lib.* 3. *cap.* 17. De aqui fue que el árbitro podia condenar á pagar por la mora las usuras, los frutos, y cualquiera otra cosa que le pareciese conforme á los principios de equidad. Cic. *pro Q. Rosc. cap.* 4. Senec. *benefic. lib.* 3. *cap.* 3. Todas estas acciones se llamaron de buena fe (*), §. 30. *Inst. e. t.*

(*) Por esta razon la buena fe no se opone aquí al dolo como en la *l.* 59. §. 1. *D. de mandat.*, sino al estricto derecho; y asi equivale á dar al juez una potestad mas ámplia y mas libre, §. 30. *Inst. e. t.*

1184. El árbitro se nombraba muchas veces con la facultad de que estimase lo que el reo debia restituir, y si el reo no obedecia, pudiese condenarlo en mas, ó á su arbitrio, ó segun el juramento del

---

1182. *Condénalo*) En los juicios de estricto derecho se espresaba siempre una suma cierta, lo que no se hacia en los de buena fe. Por eso dice Séneca, *lug. cit.*, que es mejor la condiccion de una causa si se remite al juez que si á un arbitrio, porque aquel está sujeto á una fórmula que no le permite escederse de ciertos términos; pero este tiene para juzgar su voluntad y conciencia libres de toda traba.

1183. *Fiduciario*) Este contrato se añadia en aquellos actos ó contratos que se verificaban bajo la condicion de restitucion, como en la emancipacion, depósito y prenda. Pero en tiempo de Justiniano ya habia caido en desuso. *Knorio.*

actor. El árbitro era nombrado con la fórmula siguiente: si aparece que Ticio quitó á Mevio alguna cosa por fuerza, mándasela restituir, y si no lo hiciere á tu arbitrio, condénalo en el cuádruplo. Tambien se nombraba de este otro modo: si aparece que Ticio tiene un vestido de Mevio, y no lo exhibe á tu arbitrio, condénalo en tanto cuanto jurare Ticio interesarle la exhibicion. Sigon. *de Judic. Rom. lib.* 1. *cap.* 24. Estas acciones se llamaron arbitrarias, §. 31. *Inst. e. t.*

1185. De aqui es que las acciones de buena fe se definen: acciones en que se concede al juez (antiguamente al árbitro) la mas libre facultad de estimar, segun la equidad y la naturaleza del negocio, lo que convenga que uno dé ó haga á otro, §. 30. *Inst. e. t.* Acciones de estricto derecho son aquellas en que la potestad del juez (antiguamente de la fórmula) se ceñia á la convencion de las partes, *l.* 99. D. *de verbor. obligat.* Acciones arbitrarias son aquellas en que el juez (antiguamente el árbitro) puede estimar lo que se debe dar ó hacer segun la equidad ó la naturaleza del negocio, y si el reo no obedece á su arbitrio puede condenarlo en mayor cantidad, §. 31. *Inst. e. t.* Por esto dice Teófilo que estas acciones tienen una naturaleza particular.

1186. Son acciones de buena fe: 1.° todas las nacidas de los contratos consensuales, §. 3. *Inst. de oblig. ex cons.*, como la de compra venta, locacion, conduccion, enfiteuticaria, de socio, de mandato; 2.° de los contratos reales las de comodato, de depósito y prenda; 3.° las de los contratos innominados, la accion *præscriptis verbis*, de permuta y estimatoria; 4.° de los cuasi contratos, las acciones de *negotiorum gestorum funeraria*, de tutela, y las dos mistas, á saber: *familiæ erciscundæ*, *communi dividundo*; 5.° de las acciones en la cosa, solamente la peticion de la herencia, porque tiene una naturaleza mista (1127. *) §. 28. *Inst. e. t.*

1187. Las acciones de estricto derecho son la condicion de mútuo, la accion de estipulacion, la condicion del quirógrafo, la condicion de lo indebido, la accion de testamento, que parece que es de una naturaleza ambigua, *l.* 5. *D. de eo quod cert. loc. l.* 87. §. 1. D. *de legat.*, y las demas que no son ni de buena fe ni arbitrarias.

1188. Son arbitrarias: 1.° todas las acciones de que se ha tratado

---

1185) *Puede condenarlo*) Por ejemplo; en el cuádruplo, como en la accion *quod metus caussa*, ó en aquello que el actor jurare en juicio que estimaba la cosa. *

1186. *Estimatoria*) Si uno entregó á otro una cosa para que la vendiese diciéndole: que le entregase la misma cosa ó cien áureos, la accion que podrá entablar contra él se llamará estimatoria.

Communi dividundo) No se menciona aqui la accion *finium regundorum*, porque ni aun puede contarse entre las de buena fe. Los juicios mistos *familiæ erciscundæ* y *communi dividundo* son unos cuasi contratos semejantes á la sociedad, pero en el juicio *finium regundorum* cesa esta sutil razon de semejanza, como observa á Costa en Cujacio, §. 28. de la *Inst. e. t.* Pero Marcilio numera este juicio entre las acciones de buena fe al §. *cit. Inst.*

Al fin) Obsérvese por regla general: todas las acciones que provienen de negocio unilateral, son de derecho estricto, las que de negocio bilateral, son de buena fe. *

en el §. 1128. *y sig.*, escepto la peticion de la herencia (1186.); 2.° la accion por causa de miedo; 3.° la accion de dolo; 4.° la accion para exhibir, *l.* 31. D. *e. t.*; 5.° la accion de *eo quod certo loco*; 6.° la accion redibitoria; 7.° la accion *finium regundorum*, *l.* 4. §. 2. 3. *l.* 7. *D. fin. reg. l.* 22. D. *de rei vindicat.*; 8.° la accion Pauliana, *arg. l.* 8. *l.* 10. §. 20. D. *quæ in fraud. cred.*; 9.° las acciones Faviana y Calvisiana, que competen al patrono y á sus herederos contra cualquier poseedor y sus herederos, para revocar en todo ó en parte las cosas enagenadas en fraude del patrono, *l.* 1. §. 11. 12. 26. *ult. D. quæ in fraud. patron.*; 10. la accion de las cosas quitadas, *l.* 8. §. 1. D. *de act. rer. amot.*

1189. Tiene una naturaleza particular la accion de la estipulacion de dote, porque habiendo podido la muger antiguamente repetir su dote con la accion *rei uxoriæ*, la cual era de buena fe, Justiniano la convirtió en una de estipulado; pero de tal manera, que le dejó las cualidades de la accion *rei uxoriæ*. De aqui es, que se reputa de buena fe contra la naturaleza de la accion de lo estipulado; que se da á la muger aunque no haya precedido estipulacion, y que esta tiene hipoteca tácita en los bienes del marido, y privilegio de prelacion respecto de todos los acreedores de este, *l. un. C. de rei uxor. act.* §. 29. *Inst. e. t.*

1190. Pero hay mucha diferencia entre las acciones de buena fe y las de estricto derecho: 1.° en aquellas se hacia la compensacion *ipso jure*; en estas oponiendo la escepcion de dolo, lo cual se ha abolido por derecho nuevo, §. 30. *Inst. e. t. l. ult.* D. *de compensat.*; 2.° en aquellas el miedo ó el dolo anula el contrato; en estas da accion y escepcion para rescindirlo, *l.* 9. §. 8. *l.* 12. *l.* 14. §. 7. *D. quod met. caus. l.* 7. *pr. y* §. 3. D. *de dol. mal.*; 3.° en aquellas, se deben todos los frutos desde el tiempo de la mora; en estas, si repetimos nuestras cosas, desde el tiempo en que el reo las recibió; y en los demas juicios de estricto derecho desde la contestacion del pleito, *l.* 35. §. 7. *l.* 38. *D. de usur.*; 4.° en aquellas, se deben las usuras no solamente por estipulacion, sino tambien por pacto y aun mora, sin ser necesario que se prometan; en estas por sola estipulacion, *l.* 1. *l.* 3. *C. l.* 32. §. 2. *l.* 34. *sig.* D. *de usur.*; 5.° en aquellas los pactos añadidos inmediata-

---

1189. *De dote*) Entiéndase esto de la dote que consiste en dinero ó en bienes cuya estimacion ó tasacion se hizo para un caso de venta; pues la muger puede vindicar disuelto el matrimonio, como dueña, el fundo dotal y las cosas dadas inestimadas, sin necesitar el privilegio de preferencia á los acreedores del marido.

De todos los acreedores) Y aun respecto de los anteriores que tuvieren hipoteca espresa ó tácita, aunque en el foro está recibido que solamente tenga preferencia á las hipotecas anteriores, tácitas ó legales, pero no á las espresas, á no ser que fueren posteriores; privilegio que compete tambien á los hijos nacidos de aquel matrimonio en el caso de que haya que restituírseles la dote, muerta la madre. *Nov.* 97. *cap.* 3. *y* 4. Vin. *al* §. 29. *de la Inst. e. t. n.* 3. *y sig.*

1190. *No la producen*) Y solamente nace de estos pactos escepcion de pacto ó de dolo malo, con tal que no repugnen á la naturaleza del contrato. 9.

mente al contrato producen accion en virtud de él; en estas no la producen, *l.* 7. §. 5. *D. de pact.*

1191. Las acciones arbitrarias tambien se diferencian de las de buena fe y de estricto derecho: 1.º en que en aquellas la condenacion se hace simplemente; en estas si el reo no restituye al arbitrio y por mandato del juez, Teof. §. 31. *Inst. e. t.*; 2.º en las acciones de estricto derecho la condenacion se hace segun la convencion de las partes; en estas al arbitrio del juez, §. 31. *Inst. e. t.*

1192. Aunque en las acciones arbitrarias y de buena fe se deja un gran campo al arbitrio del juez, sin embargo se debe procurar en cuanto sea posible que la accion se establezca en cantidad ó cosa cierta, y que el juez pronuncie la sentencia del mismo modo, aunque se trate de cosa incierta (*), §. 32. *Inst. e. t.*

(*) El actor no puede determinar en el libelo cosa cierta, cuando la accion es alternativa por su naturaleza, *l.* 75. §. 7. *D. de verb. oblig.*, ó el juicio es universal, v. gr., la peticion de la herencia, *l.* 7. *D. si pars. hæred. pet.* Segun la ley 2. *C. de resc. vend.*, absolutamente se debe proceder á rescindir la venta; pero el reo tiene la eleccion ó de rescindir el contrato ó de satisfacer al perjudicado.

1193. El actor no puede pedir mas de lo que se le debe; pero si pidiere menos, no corre ningun peligro; antes al contrario, el juez puede, segun la constitucion del emperador Zenon, condenar al reo en el mismo juicio á que pague todo lo que debe, §. 34. *Inst. e. t.* El que pide erróneamente una cosa por otra, puede reformar el libelo en el mismo juicio hasta la sentencia, *l.* 4. §. *fin.* D. *nox. act. l.* 4. *l.* 41. *D. de petit. hæred. l.* 3. *C. de edend. l.* 69. D. *de judic.*

1194. Se pide mas ó con respecto á la cosa, si se pide mayor cantidad ó parte de la que se debe; ó al tiempo, si se pide antes del dia ó antes de cumplirse la condicion; ó en lugar, si habiéndose estipulado dar una cosa en cierto lugar se pide en otro; ó en causa, si se pide determinadamente lo que se prometió alternativamente, ó si se exige especie cuando se prometió género, §. 33. *Inst. e. t.*

Al fin) Cujacio deduce otras consecuencias pertenecientes á los juicios de buena fe. *Obs. lib.* 17. *cap.* 37. *y lib.* 22. *cap.* 14.

1191. *No restituye)* Esto es, por dolo malo y por contumacia. *L.* 68. *D. de rei vind. l.* 16. §. 3. *D. de pignor. et hypot.* * Las diferencias entre las acciones de estricto derecho y arbitrarias se hallan en Marcilio al §. 31. *Inst. e. t.*

1192. *Cosa cierta)* No siempre puede hacerse asi, principalmente en los juicios universales, donde se contiende sobre la universidad de cosas ó de derechos. Asi, v. gr., en la peticion de la herencia, se pide la confeccion de inventario y la restitucion de la herencia con arreglo á él. *

1193. *Reformar)* No se permite mudar la demanda despues de la litis contestacion, sin pagar antes todos los gastos ocasionados. Diferéncianse la mutacion y la enmienda de la demanda, en que por aquella se elige otra clase de accion; por esta solamente se muda alguna circunstancia del hecho. *

1194. *Género)* Por ejemplo, si debiéndosele á uno vino nuevo ó añejo alternativamente, se pidiere precisamente vino añejo.

1195. Antiguamente el que pedia mas perdia el pleito, Plaut. *Moscell. act.* 3. *escen.* 1. *v.* 122., y el pretor no le concedia restitucion *in integrum*, á no ser que fuese menor, ó alegase otra causa justa, dicho §. 33. Despues se mandó por la constitucion Zenoniana, que si se pedia mas con respecto al tiempo, se le duplicase al reo y se condenase al actor en las costas, §. 10. *Inst. de except. l.* 12. *C. de plus petit.* Justiniano determinó que si el actor pedia mas en la cosa ó en la causa, pagase el triplo de los daños causados al actor, §. 33. *Inst. e. t.* Finalmente, pidiendo mas con respecto al lugar, se da la condicion *de eo quod certo loco*, para que el reo pague tanto menos cuantos son los perjuicios que se le infieren de pagar en otro lugar, *l.* 1. *l.* 8. D. *de eo quod cert. loc.*

1196. «Por nuestras leyes de Partida, el que pide mas por razon »del lugar ó de la causa tiene la pena de pagar el tres tanto de todos »los daños y perjuicios que haya causado con su demanda. *L.* 45. *tit.* »2. *Part.* 3. El que pide mas en cosa y en tiempo debe pagar las costas »del pleito. *L.* 49. *del tit. ult.*; mas esta severidad no tiene lugar en el »dia, y asi, al que pide mas solo se le condena en las costas como injus»to litigante. Por otra parte enmendando el actor el libelo ó peticion »que ha presentado al juez, como puede antes de la sentencia, evitará »del todo la pena no causando perjuicio al reo, ó la disminuirá tanto »cuanto se disminuyan las actuaciones que se hubieran de hacer con»tinuándose el pleito, pues en todo caso se le condena en las costas.»

1197. La quinta division de las acciones es, ó en el todo ó en la parte. Regularmente perseguimos el todo; pero hay casos en que solo se pide la parte: 1.º en la accion de peculio de que se tratará en el *tit. sig.* §. 1219., la que solamente se estiende hasta donde alcanza el peculio, §. 36. *Inst. e. t.*

1198. Se pide tambien menos; 2.º por la compensacion, la cual disminuye la deuda *ipso jure* hasta la cantidad equivalente, §. *penult. Inst. e. t.*

1199. Finalmente; 3.º por el beneficio de competencia, el cual es un derecho singular concedido á ciertas personas en virtud de sus lazos particulares, de la milicia, de beneficio ó de calamidad, para que no puedan ser demandadas en mas de lo que puedan pagar, §. 37. *Inst. e. t. l.* 29. *l.* 30. D. *de re jud. l.* 173. D. *de reg. jur.* De lo que se sigue, que este privilegio es personal, y que no aprovecha ni á los herederos ni á los fiadores, *l.* 24. *sig. D. de re jud. l.* 63. §. 1. D. *pro soc.*

1195. *Perdia el pleito)* Esto se fundaba en la estricta observancia de las fórmulas para pedir en juicio; pues el que pedia por medio de otra fórmula que la prescrita perdia el pleito. No existiendo en el dia este rigorismo para entablar las demandas, no tiene lugar este efecto de la plus peticion. ❁

1197. *De peculio)* Pues al dar el padre peculio á su hijo consentia en que verificase contratos con respecto al peculio, y por consiguiente queda obligado respecto á él. Dedúcese de lo mismo que esta accion no competa por el delito del hijo, pues que no le dió el padre el peculio para cometer delitos. ❁

1200. Por sus lazos particulares compete este beneficio á los padres, §. 38. *Inst. e. t.;* á los patronos, *ll.* 16. 17. D. *de re jud.;* á los hermanos; á los socios que obran entre sí con la accion de socio, porque se consideran como hermanos, *l.* 16. D. *de re jud. l.* 63. *D. pro soc.* §. 36. *Inst. e. t.;* á los consortes, *l.* 17. *l.* 20. D. *de re jud.*, y á los suegros mientras dura la afinidad, *l.* 21. *l.* 22. *pr. D. lug. cit. l. penult. D. de jur. dot.*

1201. Por la milicia se concede este privilegio á los militares, *l.* 7. *l.* 18. D. *de re jud.*, el cual estienden algunos impropiamente á los nobles, clérigos, abogados y doctores, Richit. *Decis.* 24. §. 2.

1202. Por beneficio, compete á los donantes, quienes no pueden ser demandados por el donatario sino despues de haber pagado las deudas, *l.* 30. *D. de re jud. l.* 28. D. *de reg. jur.*

1203. Finalmente, por calamidad compete este beneficio á los hijos emancipados, á los exheredados, á los que se abstienen de la herencia paterna, *l.* 49. D. *de re jud. l.* 2. *pr. D. quod cum eo qui in al. potest.*, y á los que hacen cesion de bienes, §. 40. *Inst. e. t. l.* 4. D. *de cess. bon.*

TITULO VII.

De las acciones que resultan de los contratos celebrados con los que estan en potestad agena.

1204. Hay ciertas acciones que se derivan de hecho propio, y otras de hecho ageno. Tales son las que se contraen por medio de nuestros hijos, siervos y animales. Las primeras se llaman *adjectitiæ cualitatis*, las cuales como género supremo contienen muchas especies. Asi la accion *quod jussu* es genérica, porque hay accion ó

1200. *A los socios*) Aunque no sean socios de todos los bienes, sino de una sola cosa que pertenece á las deudas de la sociedad; sin que obste la *ley* 16., mal interpretada por muchos. V. Ever. Otton. al §. 38. *Inst. e. t.*

A los consortes) Si el cónyuge reconviene al otro cónyuge, ó por causa de dote ó por los contratos celebrados constante matrimonio, mas no por los celebrados despues de su disolucion, como dice a Costa. *Obs. lib.* 24. *cap.* 88.

Afinidad) La afinidad se disolvia por derecho romano disuelto el matrimonio, bien por muerte ó por divorcio, como demostramos en el comentario á las leyes Jul. y Pap. Pop. En él permanece el vínculo de la afinidad aun muertas las personas entre quienes mediaba. ✿

1201. *Impropiamente*) Porque los principios no admiten interpretacion estensiva. ✿

1202. *Compete*) Y á todos los que han dado motivo para ser reconvenidos por su liberalidad, y de aqui el aplicarse al suegro que prometió á su yerno una dote mayor si despues apenas pudiese pagarla. ✿

A los que se abstienen) Pues la causa de abstenerse de la herencia paterna es, porque ofrece mas cargas que lucro; por lo que son dignos de comiseracion. ✿

1204. *Adjectitiæ qualitatis*) Porque son como una calidad agregada ó que se añade (*adjiciuntur*) á las demas acciones. Asi es que hay tantas especies de estas acciones cuantos son los contratos ó cuasi contratos, mas para que se entienda cuales son estas acciones se añade accion de mútuo, *quod jussu &c.* ✿

condicion *certi quod jussu*, accion de compra *quod jussu*, condicion de estipulado *quod jussu*, y otras varias.

1205. Tales son casi siempre las acciones derivadas de hecho ageno, pues aunque nadie puede estipular ó prometer por otro, y por lo mismo de los hechos de uno no resulta á favor ni en contra de otro accion, ni obligacion, ni dominio, sin embargo, esto no se entiende respecto de los hijos de familia y de los siervos, por la unidad de persona que se entiende formada por el vínculo de la potestad.

1206. El padre y el amo se obligan por los hechos lícitos del hijo ó del esclavo, en virtud de los cuales el hijo puede ser demandado *in solidum*. (*L.* 4. §. 2. D. *quod cum eo qui in al. potest. est neg. esse dic.*) En virtud de contrato, *l.* 1. D. *lug. cit. l.* 39. *D. de oblig et act.*, se obligan: 1.° cuándo mandan al hijo ó al esclavo; 2.° cuando les encargan la direccion de algun negocio; 3.° cuando les dan peculio con el objeto de que negocien; 4.° cuando lo que adquieren se convierte en utilidad del padre ó del amo. En el primer caso nace accion, *quod jussu;* en el segundo *exercitoria* é *institoria;* en el tercero *tributoria* y *de peculio*, y en el cuarto *de in rem verso*, *l.* 1. D. *e. t.*

1207. El precepto propiamente incumbe á los padres y á los amos, y parece que lo imponen aquellos que por testamento ó por carta, por palabras ó por apoderado, general ó especialmente preceptuaron, mandaron ó ratificaron lo hecho en un contrato, *l.* 1. §. 1. 3. 4. 6. *D. quod juss.*

1208. El pretor da accion *quod jussu*, *adyectitiæ qualitatis* á aquel con quien el hijo ó el siervo contrató por mandato del padre ó del amo, para que estos paguen la cantidad *in insolidum*, §. 1. *Inst. e. t.* Por derecho nuevo, el padre ó el amo por cuyo precepto se celebró el contrato pueden tambien ser demandados directa y civilmente, §. *ult. Inst. e. t.*

1209. A causa del comercio se establecieron las acciones *exercitoria é institoria.* Se llama *exercitor* aquel á quien pertenecen las ob-

---

1205. *De persona*) Y tambien por la adquisicion que hace el padre por las cosas del hijo, y el dueño por las del siervo, pues es muy natural que el que reporta las utilidades, soporte tambien los perjuicios.

1206. *O siervos*) El siervo no se obliga civilmente por contrato, pero sí los hijos de familias. §. 8. de la *Inst. e. t. de init. stipul. L.* 14. *D. de oblig. et act. L.* 39. *D. tit. cit.*

1207. *Ratificacion*) Porque la ratificacion se retrotrae al principio del negocio. Ademas, hay que observar aqui, que el mandato y el precepto se diferencian en que aquel supone dos personas, y este al padre y al hijo ó al dueño y al siervo, los cuales se tienen por una persona

1208. *O del amo*) Y tambien contra el usufructuario ó poseedor de buena fe, si medió precepto de estos, *l.* 1. §. *pen. D. quod jussu.*

In solidum) Pues la razon de equidad consiste en que el que manda se tiene por autor y causa moral de la accion, porque el que presta al hijo se puede decir que mas bien presta al padre que mandó á su hijo que tomase prestado, porque no se atuvo al hacer el préstamo á la fidelidad ó crédito del hijo, sino á la del padre que le mandó tomar prestado.

venciones y fletes diarios de una nave propia ó alquilada, §. 2. *Inst. e. t. l.* 1. §. 15. D. *de exer. act.* Cuando el *exercitor* encomienda á uno el gobierno de la nave, ó el que antes la gobernabá pone á otro en su lugar, este se llama patron, pudiendo serlo un hombre libre ó un esclavo propio ó ageno, *l.* 1. §. 1. 3. 4. 5. D. *lug. cit.* §. 2. *Inst. e. t. Institor* ó *factor* es aquel á quien se entrega una tienda para que compre y venda, sin ningun respeto á su condicion ó edad, *l.* 18. D. *de ints. act.*

1210. Por tanto, la accion *exercitoria* es *adjectitiæ qualitatis*, y se da por el pretor al que contrató con el patron (no con el marinero, *l.* 1. §. 2. *D. lug. cit.*), acerca de las cosas encomendadas á la nave, *l.* 1. §. 8. 9. 12. *D. de exerc. act.*, para que el *exercitor* pague lo que debe en razon del contrato, §. 2. *Inst. e. t.* Esta accion se da á los herederos y contra los herederos, y si son muchos los *exercitores*, se da contra cada uno *in solidum*, *l.* 1. §. *ult. l.* 2. *l.* 3. *D. lug. cit.*

1211. La *institoria* es tambien de cualidad adyecticia, y se da al que contrató con el *institor* acerca de las cosas relativas á la tienda, *l.* 5. §. 11. *sig.* D. *l.* 3. *C. de Inst. act.*, ó á su heredero, contra el que la puso á su cuidado, ó contra sus herederos, *l.* 13. §. *ult. D. lug. cit.*, para conseguir lo que se debe en virtud del contrato verificado con el *institor*, §. 2. *Inst. e. t.* Cuando son muchos los que encomiendan el cuidado de la tienda, se da accion *in solidum* contra cada uno, dicha *l.* 13.

1212. Acerca de estas acciones se debe observar: 1.° que el patron y el institor pueden ser demandados directamente en virtud de sus contratos mientras que dirigen la nave ó la negociacion; pero no concluido su cargo por los contratos que hicieron relativos á él, *l. ult. D. de inst. act.*, á no ser que se hayan comprometido por los amos, *l.* 67. D. *de procur.*, ó que fuesen falsos exercitores ó institores. Sand. *lib.* 3. *tit.* 7. *def.* 1.

1213. 2.° Que el que contrató con el institor ó con el patron, puede proceder contra el dueño de la tienda ó ejercitor; mas estos no pueden contra los que contrataron con el factor ó el patron, á no ser que no puedan conservar su cosa de otra manera, *l.* 1. *l.* 2. D. *de*

1210. *Con el patron)* O con la persona que este puso en su lugar. *L.* 1. §. 1. *D. de ejercit. act.*

Encomendados) Y segun las condiciones ó proposiciones; por lo que en vano se estableceria la accion institoria por los delitos del patron. *

1211. *Con el institor)* Pero no con su sustituto; pues aunque el sustituto de un patron de una nave obligue al ejercitor, es en beneficio de las negociaciones maritimas., *d. l.* 1. § 5.

1212. *Durante él)* Esta regla debe observarse tambien respecto á los demas cargos y oficios. *

Mercancia del peculio) No se obliga á la contribucion todo el peculio, sino solo la parte con que se negoció, ya sea que existan las mercancias, ó que el precio recibido por ellas se haya invertido en el peculio. *L.* 5. §. 11. *D. de tribut. act.*

inst. act. l. 1. §. 18. D. *de exerc. act.* Por tanto se puede decir, que si el institor y el patron son libres, se procede contra ellos con la accion de mandato ó de arriendo.

1214. Por derecho nuevo se puede proceder directamente contra los exercitores ó los dueños de la tienda, §. *ult. Inst. e. t.*

1215. »Tambien por derecho español queda á arbitrio de los acto»res intentar la accion que tienen contra el maestre ó factor, ó lo que »les corresponde igualmente contra el ejercitor ó mercader. *L.* 7. *tit.* »21. *Part.* 4.»

1216. La accion tributoria se llama asi de tribuendo, que en este caso significa distribuir, porque si el hijo de familia ó el siervo negociare sabiéndolo el padre, ó el amo, y los acreedores del hijo ó del esclavo pidieren lo que estos les deben, el padre ó el amo pueden repartirles la mercancia peculiar (*) á prorata.

(*) El peculio y la mercancia peculiar se distinguen en que el peculio es lo que el padre ó el señor separan de su patrimonio para que el hijo de familia ó el siervo lo administre por sí, sacando de él lo que debe al padre ó al señor, y mercancia peculiar es aquella parte con que el hijo ó el siervo comercia á voluntad del padre ó del señor, respecto la cual compete la accion tributoria, concurriendo el señor y el padre de familia como acreedores, sin sacar para sí lo que se les debe como en el peculio, segun se espresa en las *leyes* 11. §. 7. *D. de Inst. act. L.* 1. §. 2. *l.* 5. §. 11. *D. de trib. act. (Nota del Trad.)*

1217. Pero si hacian dolosamente una reparticion injusta, el pretor daba á los acreedores accion adyecticia tributoria contra el padre, ó el amo que hizo la distribucion, ó su heredero (*), *l.* 7. §. *ult. l.* 8. *l.* 9. D. *de tribut. act.*, para que se dividiese á prorata la mercancia del peculio, §. 3. *Inst. e. t.*

(*) Aunque esta accion solamente compete cuando hay dolo, sin embargo no es accion de dolo, *l.* 8. *D. de tribut. act.*, de suerte que aunque los acreedores no puedan proceder sino en el caso en que se haga por dolo una distribucion injusta, con todo, ellos no tratan de castigarlo, sino de perseguir la cosa, y por lo mismo pueden establecer su accion contra el heredero.

1218. »Esta accion no tiene uso alguno en España, puesto que no »existen los siervos, y los hijos de familia comercian y salen de la pa»tria potestad segun el *art.* 4. *del Cod.* de Comercio á los 20 años.»

1219. Cuasi de la misma naturaleza es la accion de peculio, cuya esencia y especies hemos esplicado en el §. 473. y sig. De suerte que si alguno contratase con el hijo de familia ó el siervo que no tenian para ello mandato del padre, no se concedia accion contra el padre ó el amo por este contrato, á no ser en cuanto al peculio profecticio del hijo ó del siervo (*), en cuyo caso el pretor daba accion *qualitatis adjectitiæ* de peculio á los que habian contratado con el siervo ó hijo

---

1218. *Al fin*) En el dia aun cuando se forme concurso de acreedores, no corresponde al padre ó al dueño la graduacion de los créditos, ni la paga, sino el juez.*

de familia, contra el dueño ó el padre de familia para que pagase hasta donde alcanzara dicho peculio, §. 4. *Inst. e. t.* §. 10. *D. de action.*, deduciendo primero lo que se debia al mismo dueño ó padre, ó á los hermanos que estaban bajo la potestad del mismo padre, *l.* 9. §. 2. 3. *l.* 6. *pr. D. de pecul.*

(*) En cuanto al peculio castrense y cuasi castrense se obliga el hijo lo mismo que si fuera padre de familia, *l.* 18. *D. de castr. pecul.* En cuanto al adventicio, el padre es demandado, no con la accion de peculio sino como legítimo administrador del hijo, *l.* 6. *y ult. C. de bon. quæ liber.*

1220. Finalmente, la accion de *in rem verso* (de lo convertido en utilidad), es tambien *qualitatis adjectitiæ.* Todo lo que el hijo ó el siervo gasta necesaria ó útilmente, y que contribuye á aumentar el patrimonio del padre ó del amo, se juzga invertido en utilidad de estos, *l.* 3. §. 1. 2. *sig.* D. *de in rem vers.*

1221. »En el dia apenas tiene lugar esta accion por no acostumbrarse á dar peculio profecticio á los hijos, sino es despues que han salido de la patria potestad.»

1222. Siendo contrario á la equidad que uno se haga mas rico con detrimento de otro, el pretor da á los que contratan con el hijo de familia ó con el siervo accion de *in rem verso* contra el padre ó el amo, para que paguen todo lo que se haya invertido en utilidad suya, §. 4. *Inst. e. t. l.* 1. *pr.* §. 4. *D. de in rem vers.*

1223. Lo espuesto hasta aqui es comun al contrato celebrado con el siervo ó con el hijo de familia. Ademas se establecieron acerca del hijo ciertas disposiciones por el senado consulto Macedoniano. Sucedió que hubo en Roma un usurero detestable llamado Macedon, que prestaba dinero á los hijos de familia á un interes muy subido, quienes lo empleaban en fomentar sus vicios y desórdenes; en vista de lo cual, el senado mandó en tiempo del emperador Claudio (*) (Tacit. *Anal. lib.* 2. *cap.* 12.), que ninguno prestase ó diese en mútuo dinero al hijo de familia, y que no tuviese contra él accion ni aun despues de la muerte del padre bajo cuya potestad estaba, para que de este modo los usureros viesen que no les quedaba recurso aun cuando llegase este caso, *l.* 1. *pr.* D. *de SC. Maced.*

1219. *Deduciendo*) En lo cual se diferencia esta accion de la tributoria, en que nada deduce el padre. * *L.* 1. *pr. D. de tribut. act.*

Al fin) Pudiendo intentarse todas estas acciones por los negocios hechos con el que está en potestad agena, y estinguiéndose elegida una accion, la otra, el acreedor deberá elegir aquella porque es reconvenido el padre, sobre lo cual debe consultarse á Justiniano en el §. 5. *Inst. e. t.* y el elegante tratado de Sam Striskio.

1221. *A aumentar*) Aunque despues se destruyese dicha utilidad ó aumento por caso fortuito. *L.* 3. §. 7. *D. de in rem verso.*

1222. *Al fin*) Aqui no se pide pues limitadamente respecto al peculio sino *in solidum*, ni se atiende á si el hijo tiene ó no peculio, sino á si se convirtió la suma dada en utilidad del padre. *

1223. *El mútuo*) Adviértase que el Sdo. Consulto Masedoniano se limitó al:

(*) Si Macedon fue hijo de familia, ó un usurero que prestaba dinero, y en qué tiempo se publicó este senadoconsulto, son puntos que hemos discutido en las *Pand. Part.* 3. §. 168. *y sig.*

1224. De aqui nacen los siguientes axiomas: 1.° este senadoconsulto no se hizo tanto en favor del hijo que recibia el dinero cuanto en beneficio del padre y en odio de los usureros; 2.° este senadoconsulto da escepcion, pero no accion; 3.° este senadoconsulto solamente hará relacion al caso en que se preste dinero en detrimento del padre, mas no si son cosas fungibles, ni tampoco se refiere á otros contratos, *l.* 3. §. 3. *l.* 7. §. 3. D. *l.* 3. C. *de SC. Maced.*

1225. Del primero se sigue: 1.° que el hijo no puede renunciar á esta escepcion, *l.* 29. *C. de pact. l.* 40. *D. de condict. indeb.*; 2.° que el padre puede renunciarla espresamente, en cuyo caso tiene lugar la accion *quod jussu*, ó tácitamente, reconociendo ó pagando la deuda, *l.* 13. D. *l.* 2. *C. de SC. Maced.*; 3.° que no tiene lugar la escepcion si el dinero se invierte en utilidad del padre, *l.* 7. §. 12. D. *lug. cit.*; 4.° que el hijo queda obligado si tiene peculio castrense ó cuasi castrense, *l.* 1. §. 3. *l.* 2. D. *e. t.*; 5.° tampoco tiene lugar si el hijo de familia faltase á la verdad diciendo que es padre de familia, *l.* 1. *C. lug. cit.*, ó si el acreedor ignorare que es hijo de familia, *l. penult. D. e. t.*; 6.° que los mayores de edad no pueden oponer este senadoconsulto al menor ó al pupilo, *l.* 3. §. 2. D. *de SC. Maced.*

1226. Del segundo principio se deduce; 1.° que si el hijo ó el padre paga, no puede repetir como indebido lo que pagó, *l.* 40. *D. de condict. indeb. l.* 10. *D. de SC. Maced.*

1227. Finalmente, del tercero se infiere que esta escepcion cesa: 1.° si el dinero se ha prestado para cosas útiles, v. gr., para los estudios, con tal que haya sido una cantidad moderada, *l.* 7. §. 13. D. *lug. cit.* Tambien cesa; 2.° si no es dinero lo que se ha dado en mútuo;

---

caso en que se diere en mútuo alguna cantidad al hijo de familia; y asi, en vano se opondria por lo que este debiere en virtud de venta, locacion conduccion y por otros contratos. *

* *Macedon*) Teófilo dice en la *paraph de e. t.* que Macedon era un hijo de familias, opinion que creen errónea muchos autores; á quienes siguió el autor en un principio, si bien posteriormente siguió la opinion de aquel jurisconsulto en las *Ant. Rom. e. t. n.* 8. *edic. seg.*

1225. *Pagando*) Basta que pagase los intereses para que se crea que se renuncia á este Sdo. Consulto. *

Castrense) Y tambien si tuvieren peculio adventicio estraordinario. Pues asi como puede enagenarlo á su arbitrio, asi tambien puede obligarlo, sin que obste la razon de que en este peculio no se tiene por padre de familia, porque en esto no dice relacion á los contratos, sino que se refiere á la testamentifaccion. *Knorio.*

Faltase á la verdad) Pero al padre no se le niega la escepcion. *

1226. *Indebido*) Y la razon es clara; pues la condiccion de lo indebido no se da á los que deben naturalmente, como se dijo en el §. 989.: y nadie dudará que el hijo de familia debe aqui naturalmente, supuesto que esta escepcion dimana únicamente del derecho civil. *

pero es menester que esto no se haya hecho en fraude del senadoconsulto (*), *l.* 7. §. 3. *D. lug. cit.*

(*) Esto acontece en el contrato llamado vulgarmente de *mohatra*, el cual consiste en que uno dé al que necesita dinero ciertas mercaderias á precio muy subido, para que las venda despues á un precio muy bajo, y consiga de este modo el dinero, Valer. *Diff. utriusque fori tit. negotiatio piff.* 2. Strik. *Caut. contr. secc.* 2. *cap.* 1. §. 31. Este contrato se inventó no solo para paliar las usuras, sino tambien para eludir el senadoconsulto Macedoniano.

TITULO VIII.

De las acciones noxales.

1228. Las acciones esplicadas en el título anterior pertenecen á los contratos celebrados con el hijo de familia ó con el siervo. Ni el padre ni el amo se obligan por delito ó cuasi delito del hijo ó del siervo. Sin embargo, antiguamente pudo procederse noxalmente contra ambos (§. 131.); mas por derecho nuevo esta accion solo se da contra los amos en los delitos privados (*) de los siervos.

(*) Si estos son públicos, se castiga al mismo siervo, *l.* 4. *C. de noxal. act. l.* 2. *C. de acus.*, y no puede libertarse de la pena aunque el amo ofrezca pagar el daño, *l.* 17. §. 18. *D. de edict. l.* 200. *D. de verb. sign.*

1229. Se llama noxia el daño causado por cualquier delito privado ó cuasi delito del esclavo; y el mismo cuerpo que infiere el daño, esto es, el esclavo, se dice noxa, §. 1. *Inst. e. t.* Accion noxal es aquella por la cual se pide al amo ó la estimacion del daño, ó la entrega del siervo, *pr. Inst. y l.* 1. *pr.* D. *e. t.*

1230. Naciendo esta accion de cualquier delito privado ó cuasi delito, se sigue, que sea *cualitatis adjectitiæ*, y que haya tantas especies de ella cuantos son los delitos privados ó cuasi delitos. De aqui es que se dan acciones noxales de hurto, de robo, de la ley Aquilia, de injurias, de lo arrojado y derramado, &c.

1231. Dándose alternativamente ó para resarcir el daño ó para entregar la noxa, se sigue; 2.º que estas acciones sean *in rem scriptæ*, y que por lo tanto la noxa siga á la cabeza, esto es, que se establezcan

---

1228. *Ni el amo*) Pero puede reclamarse contra los mismos siervos para que el juez les castigue estraordinariamente, como por el daño causado por incendio, ruina, naufragio &c. *L.* 1. *pr. D. de incend. ruin. naufrag. l.* 4. §. *pen. D. vi bon rapt. l.* 7. §. 1. *D. de jurisdict.*

Al fin) Obsérvese estas diferentes partes. Cuando causa daño un hombre libre se dice, *damnum injuria facere*, cuando un siervo que comete *noxiam committit*, un cuadrúpedo *pauperiem facit.*

1229. *Noxa*) Sin embargo de esta diferencia que advierte Justiniano, *lug. cit.*, los jurisconsultos usan indistintamente en las Pandectas de estas voces, como observa Brisonio, *de verb. signif. voc. noxa.*

1231. *A la cabeza*) El sentido de esta regla, es que el poseedor del siervo puede ser reconvenido por la accion noxal, para que resarza el daño ó dé el siervo en noxa.

contra el amo actual aunque el siervo haya cometido el daño perteneciendo á otro dueño, §. 5. *Inst. e. t.*; 3.° que manumitido el siervo despues del delito se proceda contra él, pues cesa la accion noxal, *l.* 4. *C. an. serv. pro suo fac. l.* 15. D. *de condict. furt.*; la que tambien se estingue; 4.° si el siervo muriere antes de haberse contestado el pleito, *l.* 1. *l.* 2. D. *si ex nox. caus. l.* 69. D. *de verb. oblig.*

1232. Por tanto, la accion noxal se da á los que han sido dañados por delito privado ó cuasi delito del siervo, contra el amo ó contra cualquier poseedor del siervo, para que ó resarza el daño, ó entregue el siervo como noxa, *pr. Inst. e. t.*

1234. Lo mismo se observaba antiguamente respecto de los delitos cometidos por los hijos de familia, quienes podian ser entregados por el padre como noxas (§. 131.), quedándoles salvo el derecho de ingenuidad, no obstante ser manumitidos, Collat. *leg. Mos. y Rom. tit.* 2. §. 3. Pero esto se alteró por derecho nuevo, por el cual el padre no es perseguido ni directa ni noxalmente por delito privado del hijo, §. *ult. Inst. e. t.*, sino que se procede contra el mismo hijo, y condenado que sea, se da accion contra el padre para que pague con el peculio (*), *l.* 3. §. 11. D. *de pecul. l.* 33. 34. 35. D. *e. t.*

(*) La razon de esto la hemos esplicado en la nota del §. 1119.

TITULO IX.

De las acciones que resultan de los daños causados por los cuadrúpedos (pauperiem).

1235. Asi como los hombres libres infieren daño, y los siervos (y antiguamente los hijos de familia) causan noxia, asi tambien se dice que los cuadrúpedos hacen *pauperie*. Llámase *pauperies* el daño causado sin que haya sido injuriado el que lo causa (36.), *ley* 1. §. 3. D. *e. t.*

Se proceda contra él) Se procede en la misma forma que si fuere hombre libre en el acto de delinquir. Asi pues, la accion noxal principia á ser directa *ex post facto*. Por el contrario, si un hombre libre cometiese *noxa*, y principiase á ser siervo, la accion directa se hace noxal *ex post facto*. §. 5. *Inst. e. t.* Pues las acciones provenientes de delito siempre siguen á la cabeza que cometió los delitos, esto es, á la persona en cuyo poder está el siervo de donde nacen. *L.* 1. *al fin. D. de delict. privat. Knorio.*

1232. *Dañados)* Pero el dueño dañado por delito del siervo no puede entablar esta accion, y la razon se halla elegantemente espuesta en la *ley ult. C. an servus pro suo fact.*, á saber, porque el dueño puede reconvenir como juez doméstico al siervo.

Contra el dueño) Pues pareció justo á los decemviros, que puesto que el dueño adquiria todo lo adquirido por el siervo, sufriese tambien los daños que este causare.

Como noxa) Esto es, para que lo entregase al dañado, para que se satisfaciese con sus servicios. Por lo cual, si el siervo tenia dinero para resarcir el daño causado, el pretor interponia su ausilio para que se le manumitiese. §. 3. *Inst. e. t.*

1236. Los antiguos pensaron que los animales vivian segun la naturaleza comun, y que haciendo esto obraban segun el derecho natural (34.), dijeron que comete *pauperie* el cuadrúpedo cuando sin ser provocado causa espontáneamente daño contra su natural instinto (*), *pr. Inst. l.* 1. §. 4. D. *e. t.*, pues entonces se juzga que cuasi delinque. Lo contrario sucede si infiere el daño siguiendo el impulso de su naturaleza, v. gr., destrozando los pastos, *l.* 14. §. *ult. D. de præscript. verb.*

(*) Por tanto, si una fiera causaba daño, no se concedia accion de *pauperie*, porque lo cometia segun su propia naturaleza, como dice Quintiliano. Sin embargo, en este caso se daba accion util de *pauperie*, la cual se concede tambien aunque el animal que causa el daño no sea cuadrúpedo, *l.* 4. *D. e. t.*

1237. Por tanto, si el cuadrúpedo causare el daño contra la naturaleza de su especie, sin ser instigado ni provocado, se da accion noxal *in rem scripta de pauperie* á aquel á quien interesa, y á su heredero, contra el que es dueño del cuadrúpedo al tiempo de contestar el pleito, para que ó resarza el daño causado ó entregue el animal como noxa, *pr. Inst. l.* 1. *pr. l.* 3. D. *e. t.* Si falsamente niega que el animal es suyo, es condenado á pagar todo el daño, *l.* 1. §. 15. D. *e. t.*

1238. Cuando el animal cometia el daño (*pauperiem*) instigado por alguno, se daba contra el instigador la accion de la ley Aquilia, *l.* 1. §. 4. *sig.* D. *e. t.*

1239. Si el animal causaba el daño segun su instinto, destrozando el pasto, entonces se concedia la accion *in factum de pactu pecorum*, *l.* 14. §. *ult.* D. *de præscript. verb.*, la que parece que tambien fue noxal, Paul. *Sent. recib. lib.* 1. *tit.* 15. §. 1. Si el amo introducia la bestia en los campos, tenia lugar la accion de la ley Aquilia, *l. ult. C. de leg. Aquil.*, porque el daño se cometia entonces con injuria, Juven. *Sat.* 14. *v.* 151.

1240. Por último, el que pone un berraco, un jabalí ó un perro junto al camino por donde pasa la gente, si causan daño á alguno, debe pagar al ofendido el duplo del daño si es estimable. Si mataren á un hombre libre, la pena serán doscientos sólidos; pero si solamente le hirieren, se pagará en virtud del edicto edilicio lo que el juez tenga por conveniente, §. 1. *Inst. e. t. l.* 42. *D. de ædilit. edict.*

1236. *Daño*) Se presume que hicieron daño los animales contra su natural instinto, cuando lo causaron con actos que no ejecutan todos los animales de su especie, v. gr., un caballo coceando, pues no todos los caballos dan coces. *

* *Accion útil*) Por lo menos en las leyes de las doce tablas, solamente se hace mencion de los cuadrúpedos, sin duda como dice á Costa *e. t.*, porque en aquellos tiempos la introduccion de las fieras en la ciudad no estaba tan en uso como posteriormente despues que se introdujo el lujo de los espectáculos. Por lo que era necesario que se estendiese esta accion á todas las bestias que estuviesen domadas y en el dominio de alguno. Bynkershoek, *de reb. manc.* Esta accion era muy frecuente en Roma por la estension de la ciudad y su concurrencia. *Estor.*

1240. *El juez*) V. Ever. Otton en el libro de *tutela viarum*, *part.* 2. *cap.* 3.

1241. 1242. 1243. »Casi toda la doctrina de este título está ad»mitida por nuestras leyes; pero diferéncianse de las romanas en la »clase de penas y en su mayor ó menor rigor. V. *la ley* 23. *tit.* 15. »*part.* 7.»

TITULO X.

De las personas por medio de las cuales se puede obrar en juicio.

1244. Como segun los principios del formulario antiguo jurídico todas las acciones eran acciones de la ley, *l.* 2. §. 6. D. *de orig. jur.*, las cuales no podian practicarse por medio de otro, *l.* 123. D. *de reg. jur.*; y como nadie podia, segun derecho romano, adquirir para un tercero, á menos que estuviese bajo su potestad, §. 5. *Inst. per quas pers. cuiq. adquir.*, infirieron los antiguos, que nadie podia ser actor ni oponer escepcion por otro, *pr. Inst. e. t.*

1245. Por tanto, antiguamente no se admitia ningun procurador (*), si no es por el pueblo, por la libertad (Liv. *lib.* 3. *cap.* 45.), por el pupilo, ó segun la ley Hostilia por aquel contra quien se hubiese cometido hurto estando cautivo, ó ausente en servicio de la patria, ó tambien por el que estuviese bajo la tutela de alguno de estos, *pr. Inst. e. t.*

(*) De aqui la cruelísima ley de las doce tablas que mandó: que si el enfermo, el anciano ó el que padece achaques habituales fuere llamado á juicio, vaya en un jumento, y si no quisiere, se le conduzca en una litera, Gel. *lib.* 20. *cap.* 1. Y por lo mismo cuando el citado á juicio padecia gota coral, tampoco se admitia procurador, sino que se diferia el dia de la audiencia.

1246. Habiéndose considerado los perjuicios que resultaban de aqui, los antiguos jurisconsultos indagaron razones para que, salvando lo dicho en el párrafo anterior, pudieran admitirse procuradores en otras causas. Por esto fingieron que el procurador se hace dueño del pleito, *l.* 4. §. 3. D. *de alien. jud. mut. caus. fact. l.* 4. §. *ult.* D. *de adpell. l.* 22. *l.* 23. *C. de procur. l.* 11. §. 3. D. *de except. dol. mal.*

1247. Ordinariamente (*) se fingia que el dominio del pleito se

---

Pertenece tambien á este edicto la *ley fin. D. de extraord. crim.*, en la que se castiga arbitrariamente segun su delito á los que llevan consigo serpientes, si por miedo de ellas causaren algun daño. *

Edilicio) Dice Paulo *Sent. recep. lib.* 1. *tit.* 15. §. 2., que esta accion fue dada por el pretor, no obstante de ser mas propia de los ediles. Esto debe entenderse como dice á Gosta al §. 2. *Inst. de divis. stipul. et* Schulting. á *Paul. lug. cit.* Estor.

1245. *Por el pueblo*) El que obraba por el pueblo se llamaba síndico ó actor, el que por la libertad, adsertor, el que por el pupilo, tutor, y finalmente el que por el cautivo ó ausente, defensor. *

Ocupase) No obstante que el mandato no sea en sí mismo título hábil para transferir el dominio, á no ser que se mandase á otro que ocupase una cosa para sí, pues entonces es lo mismo que si se la diere; y nadie duda que la donacion es título hábil para transferir dominio. *

Eludiria) Y se transferia en el dueño ó mandante. *

adquiria por la contestacion, *l.* 4. §. *ult.* D. *de adpell.*; pero era menester que precediese mandato del verdadero dueño, *l.* 1. *pr.* D. *de procur.* Este se consideraba como la causa ó el título, y la contestacion del pleito como la ocupacion, pues el dueño mandaba que el procurador ocupase el dominio del pleito, y el procurador lo ocupaba por la litis contestacion, *l.* 32. D. *de procur.* De aqui fue que la sentencia se pronunciaba contra el procurador, *l. un. C. de satisdat.*, y que la accion de cosa juzgada se establecia contra él ó contra el mandante, bien que se le daba esepcion para eludirla, procediéndose solamente contra el principal, *l.* 28. *D. de procur.*

(*) Estraordinariamente y sin mandato se adquiria tambien el dominio del pleito, dando satisdacion de rato y de estar á lo juzgado, *l.* 40. §. *ult. D. de procurat.* Pero en este caso el que se hacia cargo del pleito en nombre ageno no se llamaba procurador sino defensor, *l.* 46. §. 2. *l.* 76. *de procurat.*

1248. Por tanto, procurador es el que se hace cargo de negocios judiciales ó pleitos agenos por mandato del dueño, *l.* 1. *pr. l.* 33. *pr.* §. 1. D. *de procurat.*

1249. Como el dominio del pleito se debia transferir á los procuradores, fue consiguiente: 1.º que solo pudiesen constituirse por los dueños (*), *l.* 1. *pr. D. e. t.*, que tenian la libre administracion de sus bienes. Y de aqui que los furiosos, mentecatos, infantes, sordos, mudos, &c., no puedan nombrar procurador.

(*) De aqui se infiere la razon por qué los tutores y curadores no pueden nombrar procuradores antes de la contestacion del pleito, sino solamente actores, y por qué pueden nombrarlos despues de ella.

1250. De aqui aparece tambien, 3.º que pueden ser procuradores los que pueden adquirir dominio, y presentarse en el foro. Por esto no pueden serlo los furiosos, mentecatos, infantes, *l.* 2. §. 1. D. *de procurat.*, las mugeres, *l.* 54. *D. lug. cit.*, los militares, *l.* 1. §. 2. D. *lug. cit.*, los menores de diez y siete años, *l.* 13. D. *de manumiss vind.* §. 5. *Inst. qui et ex quib. caus.*, los siervos é infames, si la infamia es notoria, §. *ult. Inst. de except.*

1249. *Al fin*) Sin embargo, el hijo de familia puede nombrar procurador si tiene peculio castrense, ó si hubiere padecido injuria y estuviere ausente su padre y no quisiere nombrar procurador, *l.* 8. *D. de procur.*

1250. *Las mugeres*) A no ser en causa propia, *l.* 4. *C. de procur.* ó por sus parientes con conocimiento de causa, si estuvieren impedidos por enfermedad ó por su edad, y no tuvieren quien se presentase por ellos, *l.* 41. *d. e. t.*

Los militares) Si no es en causa propia si se recibe la causa comun de su cuerpo, encargándose de seguirla, *l.* 8. §. 2. *e. t.*

Notoria) Sin que se oponga el §. *ult. de la Inst. e. t. de excerpt.*, pues habla de la escepcion de infamia controvertible, esto es, de la que no puede probarse *incontinenti*, y no de este §., en que la infamia es notoria. *

Al fin) Por derecho canónico quedan escluidos de este cargo los clérigos de órdenes mayores, *cap.* 1. * *X de postulando.* Estor.

1251. Tambien es claro, 4.° que pueden admitirse procuradore en todas las causas civiles, *pr. Inst. e. t. l.* 1. D. *de procurat.*, pero no en las criminales, *l. penult.* §. 1. D. *de publ. jud.*, á no ser que el reo haya contestado el pleito, y que estando ausente pueda ser condenado por el delito que se le imputa, *l.* 10. *D. lug. cit. l.* 33. §. 3. *D. de proc.*

1252. Como este dominio es fingido, se deduce que el oficio de procurador se estingue; 5.° por el mútuo disenso, §. *ult. Inst. quib. mod. toll. oblig.*; 6.° por la revocacion del mandante antes de contestar el pleito (porque despues de ella se necesita de conocimiento de causa, segun dijimos en el §. 1183. *l.* 17. *sig. D. e. t.*), 7.° por la renuncia del procurador hecha en tiempo legítimo, §. 11. *Inst. de mand.*, 8.° pero no por la muerte del principal ó del procurador, *l.* 23. *C. de procur.*, á pesar de que por ella se estinguen los demas mandatos, §. 10. *Inst. mand.*

1253. «Nuestras leyes estan casi conformes en esta materia con »las romanas, pero nadie puede ser procurador hasta que cumpla 25 »años. V. *el tit.* 5. *part.* 5.»

TITULO XI.

De las satisdaciones.

1254. Interesando á los litigantes que los juicios no sean ilusorios, mútuamente se exigen cauciones.

1255. Caucion es la seguridad que una parte presta á su contrario. Es fideyusoria (la que tambien se llama satisdacion), pignoraticia, juratoria y meramente promisoria, *Rubr. tit.* D. *qui satisdat. cog. vel jurat. promiss. comm. l.* 1. §. 9. *de collat. bon.* §. 2. *Inst. e. t.*

1256. Por lo comun se cauciona por medio de fiadores. Tambien

---

1251. *En todas*) Aunque la causa requiera la presencia del principal, *l.* 26. *Cod. e. t.*

No en las criminales) No por parte del acusador, porque tenia que firmar la acusacion para quedar sujeto á la misma pena que merecia el delito de que delataba, en caso de no probarlo, y no por parte del acusado, porque nadie puede ser ahorcado ni decapitado por otro.

Contestado) Pues el encausado en cuanto se le toma la declaracion puede pedir que se le nombre defensor; y el juez debe procurar de oficio que no se le condene sin defenderse, y deberá dársele defensor aunque el reo fuere pobre. ✪

Al fin) O para alegar la justa causa de la ausencia, *ley penult.* §. 1. *D. de publ. judic.*

1252. *Litis contestacion*) En cuyo caso, no habiendo aun ejercido acto alguno el procurador, ni conseguido el dominio del pleito, no hay necesidad de conocimiento de causa ni de restitucion de impensas.

Conocimiento de causa) Como si el procurador se hiciere sospechoso antes de la litis contestacion, v. gr., si apareciere enemigo ó pariente ó heredero del contrario.

En tiempo legítimo) Y de la que no resulta daño al dueño, porque cada uno puede abdicar su dominio con tal que no redunde en daño de otro. ✪

se admiten las prendas cuando se puede estimar esactamente la cosa. Prometen con juramento las personas ilustres, *l.* 17. *C. de dign.*, los de una vida arreglada que no pueden encontrar prendas ni fiadores idóneos, *arg. Nov.* 112. *cap.* 2., y antiguamente los poseedores de cosas inmuebles, *l.* 26. §. 6. *C. de spisc. aud. l. ult. C. de sportul. l. ult. C. de princ. agent. in reb.* Finalmente, hoy segun la opinion recibida en el foro se descansa en la promesa de los poseedores de cosas inmuebles, *l.* 15. *pr.* D. *qui satisdar. cog.*, cuya disposicion se estiende al fisco, al estado, *l.* 1. §. 18. *l.* 6. §. 1. D. *ut legat. vel fideic. serv. caus. cav.*, y tambien á los clérigos; *l.* 25. §. 1. *l.* 33. §. 3. *C. de episc. et cleric.*

1257. Por derecho nuevo, aunque el reo sea demandado con accion real ó personal, no presta caucion de estar á lo juzgado, sino solamente de comparecer en juicio, y de asistir á él hasta su conclusion, §. 2. *Inst. e. t.*

1258. El actor cauciona que si dentro de dos meses contados desde la presentacion del libelo, no contestare y siguiere el pleito hasta el fin, pagará el duplo; y si lo perdiere, restituirá con el nombre de impensas la décima parte de la cantidad contenida en el libelo, *Nov.* 96. *cap.* 1.

1259. El procurador del reo presente no cauciona por sí; pero el reo puede dar caucion judicial ó estrajudicial de que estará á lo juzgado, y de que comparecerá en juicio al tiempo de pronunciar la sentencia, §. 4. *Inst. e. t.* El procurador, ó mas bien el defensor del reo ausente, está obligado á caucionar que pagará lo juzgado, §. 5. *Inst. lug. cit.*

1260. El procurador del actor que tiene poder bastante no cauciona, *l.* 1. *C. de procurat.*; mas si carece de él, aunque ofrezca satisdacion no se admite, *l.* 1. *l.* 24. *C. de procurat.* Si el poder es defectuoso, ó si un pariente obra por otro, el procurador de todos los bienes por el dueño, el tutor por el pupilo, ó el curador por el menor, entonces debe dar fianza de que el señor aprobará lo hecho, §. 3. *Inst. e. t. l.* 1. *C.* 1. 35. *l.* 40. §. *ult.* D. *de procurat.*

1261. 1262. «Véanse por nuestro derecho las *leyes* 17. *y* 18. »*tit.* 12. *Part.* 5. *l.* 41. *tit.* 2. *Part.* 3. *y tit.* 5. *Part.* 3.»

1256. *De cosas inmuebles*) De suerte que obliguen sus bienes por el juramento. Gundling. en las *Pand. e. t.* §. 8. Estor.

1259. *De estar á lo juzgado*) La caucion de estar á lo juzgado comprende tres partes: que se defenderá en juicio, que no se presta con dolo, y que se pagará lo juzgado y sentenciado, *l.* 6. *l.* 19. *D. judicatum solvi.*

En juicio) En el dia cesa tambien esto, porque en las causas civiles, es igual que se notifique la sentencia á la parte principal ó á sus procuradores.

1260. *El tutor*) El tutor y el curador no necesitan prestar la fianza de rato, sino hacer constar su cargo. V. las *l.* 23. *D. de administr. tutor.*, *l.* 11. *C. de lit. contes. l. un. C. de act. à tut. seu cur. dand.*

TITULO XII.

De las acciones perpetuas y temporales, y de las que se dan á los herederos y contra los herederos.

1263. Considerándose que los derechos y las acciones estan en nuestros bienes, infirieron los antiguos, que asi como el dominio de las cosas corporales y los demas derechos espiran con el tiempo, asi tambien terminan las acciones, mucho mas interesando al estado que los pleitos no sean eternos.

1264. Espirando unas acciones mas tarde y otras mas pronto, unas se llaman perpetuas y otras temporales. Perpetuas son las que duran treinta años, ó á lo menos un tiempo largo (*), *l.* 3. D. *de præscr. trigint. ann.* Temporales son las que espiran mas pronto.

(*) Antiguamente las acciones civiles eran perpetuas; mas hoy solamente se da este nombre á las que duran treinta años á lo menos, *l.* 1. §. 1. *C. de ann. except.*, pues este término era una generacion entre los antiguos, por lo que se llamó perpetuo lo que duraba treinta años. Son palabras de la Glosa Númica: *llámase perpetuo no solamente lo que dura toda la vida del hombre, sino tambien lo que por treinta años.* Hemos añadido *ó á lo menos un tiempo largo*, porque las acciones reales se llaman perpetuas en nuestro derecho.

1265. Acerca de unas y otras se establecen las reglas siguientes: 1.ª las acciones reales duran tanto tiempo cuanto el derecho en la cosa de donde dimanan, las demas duran treinta años, *l. penult. C. de præscr. long. temp.* De aqui es que la vindicacion de las cosas muebles espira despues de tres años, y la de los inmuebles despues de diez entre presentes y veinte entre ausentes, á no ser que el vicio de la cosa poseida, la mala fe del poseedor ó de la persona contra quien se prescribe, y la edad, impidan la usucapion, pues entonces se prescribe la vindicacion de la cosa á los treinta años; ó despues de cuarenta si las iglesias, las ciudades ó el fisco vindican sus cosas, *Auth. Quas actiones, C. de SS. Eccles.* Lo mismo sucede si se hubiese contestado el pleito, *l. ult. C. de præscr. trigint. vel quadrag. annor.*

1266. Las acciones confesoria y negatoria se usucapen por el tiem-

---

1263. *Terminan*) Asi lo introdujeron las constituciones de los príncipes para que los pleitos no fueren perpétuos é infinitos, *pr. de la Inst. e. t.*, por donde vemos que antiguamente las acciones eran perpétuas y no podian prescribirse.

1264. *Treinta*) Las hipotecarias son de cuarenta años si se dirigen contra el deudor, *l.* 7. §. 1. *C. de prescrip.* 30. *vel.* 40 *annor.* ó contra las iglesias. *Nov.* 109. *cap.* 6.

* *Treinta años*) Entre los latinos se llamaba perpetuo no solamente lo que carece de fin, sino tambien lo que es continuo y no interrumpido. Asi Terencio llama perpetuo al bienio continuo.

1265. *Las acciones reales*) Si al que las usucape le faltase buena fe, ó justo título, ó si la cosa fuese viciosa, ó se interrumpiere la posesion, duran treinta años la vindicacion de la cosa y todas las demas acciones reales.

po ordinario, pues las servidumbres se prescriben á los diez años entre presentes y veinte entre ausentes.

1267. El derecho de hipoteca se prescribe tambien á los diez años entre presentes y veinte entre ausentes, si la cosa hubiere llegado al tercer poseedor con buena fe y justo título, *l.* 1. §. 2. *si adv. cred.;* á los treinta años, si el tercero poseyere de mala fe, *l.* 7. *pr. D. de præscript. trig. ann.*, y á los cuarenta, si poseyere el mismo deudor, *l.* 1. §. 1. *C. de ann. except.*, en cuyo caso dura todavia la accion hipotecaria.

1268. Solamente las acciones que nacen del derecho hereditario son de diversa naturaleza, pues la peticion de la herencia, como accion mista que es, se prescribe á los treinta años, *l.* 7. *C. de pet. hær. l.* 3. *C. in quib. caus. ces. long. temp. præscr.*, mientras que la querella de inoficioso, como odiosa, se prescribe á los cinco.

1269. Lo que hemos dicho en la regla primera se debe entender tambien respecto de las acciones *in rem scriptæ*, porque imitan la naturaleza de las reales. La accion *quod metus causa*, entablada para conseguir el simplo, se prescribe por largo tiempo si el poseedor tiene buena fe y justo título, *l.* 3. *C. de his quæ vi met. caus.*

1270. 2.ª Regla. Las acciones personales persecutorias de la cosa, civiles y pretorias, son perpetuas, y por lo mismo duran treinta años. Esceptúase: 1.° la accion personal con que se reclama la servidumbre prometida, pues imita á las acciones reales, y que solo se acaba despues de haber pasado diez ó veinte años sin haberla entablado, *l. penult. C. de usufr. l.* 13. *C. de servit.;* 2.° las acciones de las iglesias, de las ciudades, del fisco, que duran cuarenta años, y las honorarias que se dirigen á rescindir los actos, las cuales son temporales. Asi la accion Pauliana dura un año útil, *l.* 1. §. *ult. l.* 10. §. 18. D. *quæ in fraud. cred.*, las demas restituciones cuatro años, *l. ult. C. de temp. in int. rest.*, la accion redibitoria seis meses, y la de *quanti minoris* un año, *l.* 38. *pr. D. de ædilit. edict.*

1271. 3.ª Todas las acciones penales que nacen de delitos privados si son civiles son perpétuas, y si pretorias son anuales. Esceptúase: 1.° la accion de hurto manifiesto, que aunque establecida por el pretor, es perpetua, *pr. Inst. e. t.*, pues fue introducida á ejemplo de la ley de las doce tablas; 2.° la accion de hurto contra los marineros, taberneros y mesoneros, y 3.° la accion de los árboles furtivamente cortados, todas las cuales son perpetuas á pesar de ser pretorias, *l. ult.* D. *naut. caup. stab. l.* 1. §. 6. 7. *de arb. furt. cæs.;* 4.° la accion del

---

1267. *De mala fe)* A no ser que mediare convencion ó impubertad. *L.* 7. *pr.* §. 1. *El mismo deudor)* Pues el deudor no puede dejar de saber que la cosa que posee está afecta con hipoteca, de suerte que está en mala fe contínua, y no puede prescribirla en el tiempo ordinario.

1268. *Treinta años)* Lo mismo debe decirse de la accion *familiæ erciscundæ*, que como mista dura tambien treinta años.

1269. *Entablada)* Si se entabla para conseguir el cuádruplo, dura un año útil, y es temporal por la regla tercera.

depósito miserable, *l.* 18. D. *depos.*; 5.º la del siervo sobornado, *l.* 13. D. *de serv. corr.*; 6.º la de *effusis et dejectis*, á no ser que se trate del homicidio de un hombre libre, en cuyo caso la accion es anual, *l.* 5. §. 5. D. *de his qui effud. vel dejec.*; 7.º la accion de dolo es bienal, y no se perpetúa aun cuando se conteste el pleito, *l. ult. C. de dol. mal.*

1272. 4.º Las acciones criminales comúnmente son de veinte años, *l.* 12. *C. ad l. Corn. de falsis.* Esta regla no tiene lugar cuando se continua el crimen, porque entonces la acusacion es perpétua, *l.* 4. *C. de apost.*, ni tampoco en el adulterio, *l.* 29. §. 5. *sig. ad leg. Jul. de adult.*, en el peculado, *l.* 7. D. *ad leg. Jul. peculat.*, ni en las acciones que nacen del senadoconsulto Silaniano, pues se prescriben á los cinco años, *l.* 13. *D. ad SC. Silanian.*

1273. Del fundamento de numerarse las acciones entre los bienes, resulta, que se dan tambien en parte á los herederos y contra los herederos. Dícese en parte, y de aqui nacen los siguientes axiomas: 1. todas las acciones persecutorias de la cosa y penales se dan tambien á los herederos, á no ser que esten reducidas á mera vindicta, ó que no interesen al actor en particular. Esto manifiesta la razon por qué las acciones de injuria, de testamento inoficioso, de calumniadores, de revocar la donacion por ingratitud, y todas las populares, no competen á los herederos, *l.* 5. §. 5. D. *de his qui effud.*

1274. 2.º Todas las acciones persecutorias de la cosa se dan contra los herederos aunque provengan de delito, §. 1. *Inst. e. t.* Sirvan de ejemplo la condicion furtiva, la cual se da contra los herederos, y

---

1270. *Cuatro años)* Antiguamente duraban un año útil; pero como en él se computasen solamente los dias llamados *fasti*, (*a*) lo que embarazaba mucho, Justiniano quiso facilitar esta computacion é introdujo un cuadrienio en lugar del año útil, *l. ult. C. de temp. interg. restit.* ✠

(*a*) Se decian *dies fasti* los en que el pretor hacia justicia, y se llamaban asi, *à fando*, porque en ellos podia hablar las tres palabras con que esplicaba la administracion de justicia á saber, *dò*, *dico*, *addico.* Llamábanse *dies nefasti* aquellos en que se suspendian los juicios. Ovid. *Fast.* 1. 47. (*Nota del Trad.*)

1271. *Introducida)* Porque el pretor sustituyó á la pena capital impuesta por la ley de las Doce tablas una pena pecuniaria.

Et dejustis) Estas tres acciones fueron civiles; pero como el pretor solamente enmendó parte de estas leyes, conservaron la naturaleza de acciones civiles y quedaron perpétuas. ✠

Anual) Acaso porque es muy odiosa. ✠

Se continua) ¿Pues cómo opondrá la prescripcion de 20 años el que durante ellos no cesó de hurtar? ✠

De adulterio) Y en todos los delitos carnales, sin esceptuar el de bigamia. V. Tomasio en la *Diss. de prèscript. crim. bigam.*

1273. *A mera vindicta)* Se dirigen á la vindicta aquellas acciones por las que no se pide una cosa que falta de nuestro patrimonio, sino una satisfaccion que es puramente personal, y cuando uno murió sin haber dirigido esta accion, se entienda que se perdona. V. Vinnio al §. 1. *Inst. e. t. n.* 6.

No competen) Las cuatro primeras y tambien la que se da á aquel á quien se prohibió enterrar un muerto, se dan por causas que dañan mas á la persona que á su patrimonio; las posteriores, por causas que no dañan especialmente al actor.

la accion de cosas quitadas, bien que algunos niegan que aquella nace de delito. La verdad de este axioma tambien se prueba con el §. 9. *Inst. de leg. Aquil.*, en donde manda Justiniano que aunque la accion de la ley Aquilia nazca de delito, se establezca contra los herederos si solamente se dirige á reclamar los daños, esto es, si es persecutoria de la cosa.

1275. 3.º Las acciones penales, ya provengan de delito ya de contrato, se dan á los herederos, mas no contra ellos, á no ser que el pleito haya sido contestado por los mismos delincuentes, §. 1. *Inst. e. t. l.* 26. *y* 58. D. *de obl. et act. l.* 164. D. *de reg. jur.*

»He aqui las reglas que pueden establecerse por nuestro derecho »acerca de la perpetuidad de las acciones y de su transmision á los he»rederos. 1.ª Las acciones puramente reales duran tanto cuanto per»manece el derecho en la cosa de donde dimanan; 2.ª las acciones pu»ramente personales duran veinte años, ya se considere sola la accion »personal, ya con ejecutoria dada en virtud de ella; 3.ª las acciones »mistas de reales y personales, cuando en la obligacion hay hipoteca, »de suerte que no solamente está obligada la persona sino tambien »los bienes duran treinta años; 4.ª la accion de pedir ejecutivamen»te la deuda por obligacion personal dura solo diez años; 5.ª las acu»saciones criminales, ó la accion que tiene cualquiera del pueblo pa»ra acusar en los delitos públicos dura veinte años; 6.ª la accion de »cualquier delito privado se prescribe en el espacio de veinte años, si »no es que se encuentre mas ó menos tiempo señalado en las leyes; »7.ª toda accion persecutoria de la cosa ó penal puede ser intentada »por los herederos del difunto, sino es que sea destinada solamente »para la venganza; 8.ª toda accion persecutoria de la cosa, aunque »nazca de delito se da contra los herederos; 9.ª las acciones personales, »ya nazcan de delito ya de contrato, pueden ser intentadas por los he»rederos; pero no contra ellos, sino es que el pleito haya sido contes»tado por el difunto. *V. las leyes* 5. *tit.* 7. *Part.* 6., 5. *tit.* 16. *y* 20. »*tit.* 14. *Part.* 7.»

TITULO XIII.

De las escepciones.

1276. Asi como interesa al actor reclamar en juicio su derecho, asi toca al reo defenderse, lo que puede hacer, negando el fundamento de la accion, ú oponiendo alguna escepcion en caso de confesar la causa.

1276. *El fundamento de la accion*) Los antiguos jurisconsultos llamaban á lo primero, denegacion (*inficiationem*), y á lo segundo, espulsion (*depulsionem*); en el primer caso no se necesitaba escepcion perentoria, sino que se esperaba á ver si el actor probaba su accion: en el segundo debia el reo alegar y probar escepcion. ⚬ *Al fin*) El reo se hace actor escepcionando, pero no por eso se entiende que confiesa la demanda del actor. *Estor.*

1277. La escepcion, tomada en un sentido lato, es toda alegacion ó defensa del reo, por la cual se elude la intencion del actor *ipso jure* ó por equidad, *l.* 2. §. 1. *l.* 15. *D. e. t.* Pero si se toma en un sentido estricto, es la esclusion de la accion que compete por estricto derecho, *pr. Inst. e. t. l.* 2. *pr.* D. *e. t. l.* 12. *D. de dol. mal. et met. exc.* Por tanto, no son verdaderas escepciones aquellas que escluyen la accion *ipso jure*, como las de solucion y de compensacion, aunque en el foro se les dé hoy este nombre, y se llamen por los doctores escepciones de hecho.

1278. Son civiles las que nacen del derecho civil, pretorias las que del pretor, §. 7. *Inst. e. t.* Entre aquellas se cuentan las escepciones del senadoconsulto Macedoniano, Veleyano, *non numeratæ pecuniæ*, y la de prescripcion; entre estas las escepciones de dolo malo, de pacto, de *jurejurando* y *quod metus causa.*

1279. Ademas unas son perpetuas y perentorias, y otras temporales y dilatorias. Aquellas siempre obstan al actor (*), y siempre acaban el negocio de que se trata, §. 9. *Inst. e. t.*, como son todas las enumeradas en el párrafo anterior. Estas dañan hasta cierto tiempo, y demoran el pleito, §. 10. *Inst. e. t.*, ya por la persona y jurisdiccion del juez, ya por inhabilidad del actor ó procurador, ya por el modo de proceder, y ya por el mérito de la causa; tales son las escepciones de prescripcion de foro, de juez sospechoso, de ferias, de libelo oscuro, de caucion, y de peticion antes de llegar el dia.

(*) Ciertas escepciones se dicen perpetuas, porque nunca se prescriben aunque otras derivadas de la misma causa sean temporales, como la escepcion de dolo, que es perpetua no obstante ser bienal la accion de dolo. Tales son tambien todas las ordinarias, porque el reo no puede escepcionarse sino despues de haberse entablado la accion contra él, *l.* 5. §. *ult. D. de dol. mal. et met. except.* Por el contrario, son temporales en este sentido las que espiran dentro de cierto tiempo; tales son las que pueden proponerse á manera de accion, como la escepcion *non numeratæ pecuniæ*, que es bienal, *l.* 4. *C. de non num. pec.*, la escepcion de dote no entregada, y la querella de testamento inoficioso, *l.* 8. §. 14. *C. de inoff. test.*

1280. Finalmente, hay ciertas escepciones reales que son inheren-

---

1277. *Al fin)* Consúltense los dos escritores Zangero y Rivinio, el primero escribió un tratado de todas las escepciones dilatorias y perentorias, y el segundo de las dilatorias. ✪ Las escepciones son generales ó especiales, de cuyos efectos trata Hert. *vol.* 2. *opus. n.* 3. ó nominadas e inominadas Vult. *jurisp.* Estor.

1278. *Pretorias)* Esta division no es en las escepciones de tanta utilidad como en las acciones, porque si bien las acciones civiles y perentorias se diferencian en su duracion, las escepciones por lo regular son perpetuas, porque cada uno puede entablar su accion cuando quiera, pero no esceptuar. La accion *non numeratæ pecunia* no dura mas de dos años, como ya dijimos en el §. 890. ✪

1279. *Mencionadas)* Añádase la escepcion de cosa juzgada, de division, de usura, de transaccion. V. J. Voet. á las *Pand. hist. de excep. n.* 4.

Dilatorias) Diferéncianse tambien en razon del modo de proponerlas: pues las escepciones dilatorias se han de proponer antes de la contestacion del pleito, y las perentorias al tiempo de contestarse, debiendo probarse despues. ✪

Al fin) Numéranse otras muchas que pueden verse en los autores.

tes á la cosa, y por lo mismo aprovechan á los herederos y fiadores como las demas perentorias; otras son personales, porque no pasan de la persona, como las escepciones de competencia y del pacto personal de no pedir, *l.* 22. *l.* 35. §. 1. *D. de pact.*

1281. Las escepciones dilatorias se han de oponer antes de contestar el pleito, *l. penult. y ult. C. e. t.*, á no ser que pertenezcan á la substancia del juicio, y lo hagan nulo despues, *l.* 24 *C. de procur.*, ó nazcan, ó lleguen á noticia del reo despues de contestado el pleito, *l.* 4. D. *e. t.* Es singular el privilegio de la escepcion de juez incompetente, *l. ult. C. si à non comp. jud.*, y el de la cesion de acciones, *l.* 41. §. 1. D. *de fideicom.*, las cuales pueden oponerse despues de la sentencia.

1282. Las perentorias pueden oponerse en los juicios de buena fe en cualquier estado del pleito; mas en los de estricto derecho se han de alegar antes de la contestacion del pleito, y se han de probar despues de ella, *l.* 8. *C. e. t. l.* 9. *C. de præscr. long. temp.* Esceptúanse sin embargo aquellas que impiden el ingreso en el pleito, pues se han de alegar y probar antes de su contestacion, y tambien las escepciones del senadoconsulto Veleyano y Macedoniano, que se pueden oponer aun despues de la sentencia, *l.* 11. D. *ad SC. Vellejan.*

»Segun derecho romano, la escepcion era una esclusion fundada en »la equidad de la accion que competia atendido el rigor de derecho; »es decir, que solo decian escepcionarse el reo, cuando la accion que »tenia el actor atendido el rigor de derecho era válida y debia producir su efecto; pero la equidad prohibia que lo produjese. Mas por »nuestro derecho se llama escepcion á todas las defensas que propone »el reo, y que justamente impiden que produzca efecto la accion in»tentada contra él. Las escepciones dilatorias se han de oponer dentro »de nueve dias contados desde el emplazamiento esclusive, ó posterior-

---

1280. *No pasan*) Tales son todas las que se apoyan en la persona, como la que resulta de haber prometido á alguno no perdile una suma mientras viva. El pacto de no pedir, se funda unas veces en la persona, y otras en la cosa. En la persona, cuando se pacta con el deudor que no se le pedirá cierta cosa, y no pasa de la persona. En la cosa, cuando se pacta con el deudor en general que no se le pedirá tal cosa, y aprovecha á los herederos y fiadores. Cujac. *Obs. lib.* 18. *cap.* 2. No produciendo el pacto accion, tampoco la estingue *ipso jure*, sino por escepcion. Esceptúanse algunas acciones como las de injuria y de hurto que se estinguen *ipso jure*, por el pacto. *l.* 17. §. 1. *D. de pact.*

Cesion de acciones) Y algunas veces tambien la de beneficio de competencia, porque aquel á quien se da está seguro despues de la sentencia con la escepcion de dolo, *l.* 47. §. *ult. D. solut. matrim.*

Despues de la sentencia) Esto es, antes de su ejecucion.

1282. *Contestacion*) Porque no entraban *ipso jure*, en los juicios de estricto derecho, lo que se varió en tiempo de los emperadores por el edicto perpétuo, segun deducen varios autores de la *ley* 2. *C. de sent. rescind. non poss. et l.* 4. *C. de excep.* V. Noodt. *de jurisdict. lib.* 1. *cap.* 13.

Se han de alegar y probar) A no que sean iliquidas, pues entonces se han de reservar para despues de la litis contestacion. Mev. *p.* 6. *decis.* 93. *n.* 5. Estor.

»mente si el reo jura no haber tenido antes noticia de ellas; si bien la »de incompetencia debe proponerse la primera, pues de otro modo se »prorogaria la jurisdiccion del juez. Las perentorias se proponen den»tro de veinte dias que empiezan á correr despues de los nueve que se »conceden para contestar la demanda.»

TITULO XIV.

De las replicaciones.

1283. Asi como el reo elude con su escepcion la intencion del actor, asi este invalida la escepcion del reo con nueva alegacion, que se llama réplica, *pr. Inst. e. t.*

1284. Mas como puede suceder que la réplica que á primera vista pareció justa, se eluda con nueva alegacion del reo, esta se llama entonces dúplica, §. 1. *Inst. lug. cit.*

1285. En ciertas partes se concede al actor la triplicacion y al reo la cuadriplicacion, §. 2. *Inst. e. t.*, y aun se admiten alegaciones ulteriores. Pero no se debe permitir esto en los juicios bien establecidos sin que haya justa causa; antes al contrario, se compele á las partes á que en la réplica y en la dúplica concluyan para sentencia; y si no lo hacen, el juez de oficio da la causa por conclusa. La última alegacion compete al reo, cuyo uso confirman asi la justicia como la práctica forense.

TITULO XV.

De los interdictos.

1286. Bienaventurados se llaman en derecho los poseedores, porque estan exentos de manifestar y probar su título, *l.* 11. *C. de pet. hær. y l.* 28. *C. de rei vind.*, porque si tienen buena fe hacen suyos ciertos frutos (§. 349. *y sig.*), porque retienen la cosa mientras el contrario no pruebe que es suya, §. 4. *Inst. e. t.*, porque se defienden en la posesion aun por autoridad privada, *l.* 1. *C. unde vi*, y lanzados de ella, pueden inmediatamente lanzar á su vez al contrario, *l.* 3. §. 9. *l.* 17. D. *de vi et vi arm.*, y finalmente, porque gozan del derecho de

---

1284. *Del reo*) Adviértase que las escepciones, duplicaciones y demas alegaciones que competen al deudor y que tienen relacion con el negocio aprovechan tambien á los herederos, fiadores y demas que intervinieron en él, *l.* 4. *de la Inst. e. t. l.* 7. §. 1. *D. de except.*

1286. *Estan exentos*) Escepto en el solo caso de que sea reconvenido un particular por el fisco acerca de las regalias; esto es, del derecho de cazar, de acuñar moneda &c.; pues en tal caso el que se halle en posesion de estos derechos tiene que presentar su privilegio, sin lo cual toda posesion privada se entiende viciosa.

No pruebe) Por lo que está prohibido el secuestro de la cosa litigiosa, y solamente se permite en ciertos casos, de que se trata en el §. 813.

Se defienden) Observando la circunstancia *inculpatæ tutelæ.*

que en circunstancias iguales sea mejor su condicion, *l.* 2. §. 9. D. *uti possid.*, resultando de aqui que en caso de duda la sentencia se pronuncia en su favor, *l.* 125. *l.* 128. D. *de reg. jur.*

1287. Para evitar los desórdenes que resultarian de los pleitos sobre posesion, se establecieron los interdictos, que fueron por derecho antiguo, ciertas fórmulas de palabras, por las cuales el pretor mandaba ó prohibia hacer alguna cosa en causa de verdadera ó cuasi posesion, *pr. Inst. e. t.* Mas por derecho nuevo son las acciones estraordinarias, por las cuales se trata sumaria y principalmente de la verdadera ó cuasi posesion, *pr.* §. *ult. Inst. e. t. l.* 2. §. 2. D. *e. t.*

1288. La posesion, hablando en general, es la detencion de la cosa, *l.* 1. *pr.* §. 1. D. *de adquir. vel amitt. poss. l.* 9. *de rei vind.* Divídese en natural y civil. La natural es la que consiste en la nuda detencion, ó á lo menos no está acompañada de la justa intencion de adquirir la cosa, *l.* 12. *pr. D. lug. cit.* La civil es aquella por la cual detenemos una cosa en que tenemos derecho, ó que poseemos con ánimo de hacerla nuestra, *l.* 1. § 9. D. *de vi et vi arm. l.* 2. §. 1. *D. pro hær.*

1289. Asi como los interdictos se conceden principalmente sobre la posesion civil tomada lata ó estrictamente, asi tambien se han establecido á su ejemplo otros que nacen de la propiedad.

1290. Estos son: 1.° prohibitorios, como los interdictos para que no se cometa fuerza contra el que estuviere en posesion, para que no se edifique ó haga alguna obra en lugar sagrado, ó en lugar ó camino público; 2.° restitutorios, como el interdicto *unde vi;* ó exhibitorios, como los de mostrar el hombre libre, de manifestar el testamento, acerca de los cuales se encuentran varios títulos en el Digesto. Hay tambien interdictos mistos, *l.* 1. §. 1. D. *e. t.*

1291. Otros son para conseguir la posesion, otros para retenerla y otros para recobrarla, §. 2. 3. 4. *Inst. e. t.*

1287. *El pretor)* No todos los interdictos dimanaban de la posesion, pues el pretor daba algunos en atencion al derecho político, tales como los de no hacer obras en los caminos y sitios públicos, y otros sobre cosas que no admitian dilacion; como si alguno queria edificar por fuerza ó clandestinamente.

Interdictos) Justiniano dice que los interdictos se llamaron asi porque se celebran ó ventilan entre dos, *inter duos dicuntur*, §. 1. *de la Inst. e. t.*: etimología que reprueba Menagio con razones no despreciables. Amenit. *jur. civ. cap.* 38. Otros autores definen el interdicto, providencia ó sentencia interina, *sententia interim dicta.*

Acciones estraordinarias) Las diferencias que hay entre los interdictos y las acciones pueden verse en Cujacio, *Obs. lib.* 5. *cap.* 17. y en J. á Costa á la *Inst. e. t.*

1288 *De hacerla nuestra)* Y esta es la verdadera posesion jurídica de que nacen los interdictos, aunque por derecho canónico nazca tambien de la posesion natural la accion de despojo ó el remedio segun el *can. redintegranda*, 3. *causs.* 3. *qui.* 1.

Al fin) La esencia de la posesion consiste en la insistencia de la ocupacion, y en este concepto es de hecho, ademas se requiere la facultad moral de continuar la insistencia actual. Schilter. *Elem. e. t.* Estor.

1290. *De mostrar un hombre)* Si uno tiene hijos agenos ocultos de su padre da el pretor á este el interdicto de *liberis exhibendis*, de exhibir los hijos.

De mostrar el testamento) Si alguno oculta un testamento, el pretor da el interdicto de *tabulis exhibendis.*

1292. Los interdictos *quorum bonorum*, *quod legatorum*, y Salviano, sirven principalmente para conseguir la posesion, §. 3. *Inst. e. t.*

1293. El interdicto *quorum bonorum* se da al poseedor de los bienes ó al heredero pretorio, *l.* 1. *pr.* D. *quor. bon.*, no contra cualquier poseedor que posee por título singular, sinó contra el que posee como heredero ó poseedor (*), para conseguir la posesion de las cosas hereditarias, §. 3. *Inst. e. t. l.* 1. *pr.* D. *quor. bon.*

(*) Se dice que posee como heredero (*pro hærede*) el que dice que es heredero; y como poseedor (*pro possessore*) el que sabiendo que la herencia no le pertenece por ningun derecho posee porque posee, §. 3. *Inst. e. t. l.* 11. 12. 13. *D. de hæred. petit.*

1294. Este interdicto se diferencia de la peticion de la herencia, en que por esta reclamamos el derecho de la herencia; por aquel la posesion de ella: por esta, no solo las cosas corporales, sino tambien los derechos; por aquel, las cosas corporales solamente, *l.* 2. D. *quor. bon. l.* 12. *l.* 19. D. *de hær. pet.*

1295. Semejante á este interdicto es el remedio de la *l. ult. del C. de edicto div. Hadr. toll.*, por el cuál el heredero nombrado en testamento pide por derecho que se le ponga en posesion si el testamento no adolece de algun vicio manifiesto.

1296. El otro interdicto *quod legatorum* se da al heredero ó al poseedor de los bienes que dió satisdacion, *l.* 1. §. 16. D. *quod legat.*, y se establece contra el legatario que ocupó la cosa legada sin voluntad del heredero, para que la restituya, á fin de que pueda sustraerse la cuarta Falcidia, ó sea condenado en lo que interese, *l.* 1. §. 2.

1293. *Singular)* Este interdicto, á ejemplo de la peticion de la herencia pertenece á todos los bienes y no á cosas singulares. *

1294. *Al fin)* Diferéncianse tambien en que la peticion de la herencia debe proponerse en juicio ordinario, y el interdicto *quorum bonorum*, en sumario. *

1295. *Pide)* Para lo cual se exige por lo comun, que hecho el inventario dé caucion el actor de restituir toda la herencia con sus frutos, si el reo venciere en el juicio petitorio.

Al fin) Sin embargo, no usa de este remedio el fideicomisario. Mev. *p.* 9. *decis.* 135. Estor.

Vicio manifiesto) Por ejemplo si no ha sido borrado, rasgado ó raspado, aunque el testamento sea falso, nulo ó pueda rescindirse, pues estos vicios no resaltan á la vista. J. Voet. á las *Pand. quor. bonor. n.* 4.

1296. *Contra el legatario)* Y tambien contra aquellos que adquirieron del legatario la cosa bajo cualquier título. *l.* 1. §. 10. *y* 13. *D. quod. legat.* Véase aquí un interdicto que se da contra terceros poseedores.

Ocupó) Aunque haya sido puesto en posesion por pública autoridad del pretor, *l.* 1. §. 9. *de quod. legat.* Pero si tomase violentamente la cosa legada, pierde el derecho que tenia en ella, *l.* 5. *C. de legat.* §. 1. *Inst. de vi bon. raptor. l.* 7. *C. unde vi.*

La cuarta Falcidia) Por lo que es consiguiente, que use este interdicto en los casos en que cesa la cuarta falcidia.

Condenado) Pero el heredero está obligado á prestar caucion de que restituirá la cosa legada sin cometer dolo, despues de deducir la falcidia. *

D. *l. un. C. quod legat.* Aunque el legatario adquiere el dominio del legado específico sin necesidad de entrega, no sucede lo mismo respecto de la posesion.

1297. El interdicto Salviano se da al dueño del fundo contra el colono, para conseguir la posesion de las cosas del colono dadas en prenda por la renta que se ha de pagar, §. 3. *Inst. e. t. l.* 1. D. *de Salv. interd.* El cuasi Salviano se concede á todos los acreedores contra el poseedor de la cosa que les está obligada para conseguir la posesion de ella, *l.* 1. §. D. *lug. cit.*

1298. Por tanto, estos interdictos se diferencian de las acciones Serviana y cuasi Serviana, casi del mismo modo que el edicto *quorum bonorum* de la peticion de la herencia (1226.); escepto que en las acciones Serviana y cuasi Serviana se ha de probar que la cosa está en los bienes del deudor, *l.* 15. §. 1. D. *de pign.*, mas en los interdictos Salviano y cuasi Salviano se ha de probar que ha sido llevada al fundo, *l.* 1. *pr.* D. §. 1. *sig. l.* 2. D. *de Salv. interdict.* Aquellas acciones se dan contra cualquier poseedor, mas este interdicto se da directamente contra el colono, *l.* 1. *C. de precar.*

1299. Los interdictos de retener la posesion son los llamados *uti possidetis y utrubi*, §. 4. *Inst. e. t.*

1300. El interdicto *uti possidetis* compete al que posee la cosa inmueble al tiempo de contestarse el pleito, sin haber mediado fuerza, ruego ni ocultacion, *l.* 1. §. 8. 9. D. *uti possid.*, y se establece contra el que le turba en la posesion de ella, para que desista y dé caucion de no molestarle en lo futuro, pagando al mismo tiempo los perjuicios, *l.* 1. §. 4. 6. D. *l. un. C. uti possid.*

1301. Por el contrario, el interdicto *utrubi* se da al que posee una cosa mueble al tiempo de contestarse el pleito sin haber mediado fuerza, ruego ni ocultacion, *l. un.* §. 1. D. *utrubi*, *y* §. 4. *Inst. e. t.*, contra el que le inquieta, para que desista y dé caucion de no molestarle en lo futuro, y pague los perjuicios.

1302. La práctica del foro ha estendido estos interdictos á las servidumbres y derechos, á la superficie, al usufructo, y al derecho de los colonos. Sand. *Part.* 1. *tit.* 4. *def.* 2.

1303. El interdicto *unde vi* sirve para recuperar la posesion, y compete á aquel que por fuerza es lanzado de la posesion de una cosa inmueble, y tambien á su heredero, *l.* 1. §. 44. *D. de vi et vi arm.*

1297. *Contra el colono)* La principal diferencia entre el interdicto y la accion *quasi serviana*, es que esta es real, y aquel como todos los interdictos es personal, *l.* 1. §. 3. *D. de interd.*

Contra el colono) Porque la accion cuasi serviana es real y el interdicto de este nombre personal como todos los interdictos.

1303. *De una cosa inmueble)* A la que se refieren tambien las cosas incorporales, como el usufructo, la jurisdiccion, el derecho de patronato, el censo &c. *l.* 3. §. 13. *et sig. D. de vi et vi arm. Prælect. in cod. tit. unde vi n.* 3.

contra el que le espelió de ella, mas no contra su heredero, escepto en la parte que le tocó, *l.* 1. §. *ult. l.* 2. D. *l.* 2. *C. lug. cit.*, para que restituya la posesion con todos los frutos y utilidades, resarza todos los daños causados, §. 6. *Inst. e. t.*, y si hubiere dejado de poseer, pague los perjuicios que de ello resulten, *l.* 15. D. *lug. cit.*

1304. En la práctica se ha admitido la accion de despojo, mas bien por interpretacion del cánon *redintegranda* 3. *causs. qu.* 1. *et.* 18. *X. de restit. spol.*, que por las palabras del mismo cánon. Esta accion se concede en la cosa mueble y raiz, y no solo contra el que despojó, sino tambien contra cualquier poseedor, para que restituya el despojo.

1305. Por último, hay unos interdictos simples, en los que fácilmente aparece quien posee y quien es reo, v. gr. *quorum bonorum, quod legatorum*, Salviano, *unde vi.* Hay otros que son dobles, en los cuales ambas partes pueden ser actor y reo; tales son los interdictos *uti possidetis* y *utrubi*, *l.* 2. *pr.* D. §. *ult. Inst. e. t.*

1306. Estos interdictos, muy frecuentes en el foro, se llaman remedios posesorios.

1307. La naturaleza de todos los interdictos es que se dirijen contra la persona, que no nacen de derecho en la cosa, sino á la cosa, *l.* 1. §. 3. D. *de interd.*, y que se procede en ellos sin aparato de juicio.

1308. Estos remedios se dividen en sumario y ordinario, y se diferencian: 1.° en que en el sumario se trata de la posesion novísima y momentánea; en el ordinario de la mas antigua; por cuya razon, vencido uno en el sumario, todavia le queda salvo el ordinario; 2.° que en aquel no se disputa si alguno posee por fuerza, ocultamente, ó por ruego, sino si posee pacíficamente; mas en este, se atiende á la cualidad de la posesion; 3.° que en aquel se procede sin guardar el orden de derecho y sin estrépito de juicio; en este guardando el orden jurídico y con el mas pleno conocimiento de la causa. El posesorio se opone al petitorio, pero no se puede establecer sino despues de concluido aquel, *l.* 18. §. 1. D. *de vi*, *cap. significaverunt*, 36. X. *de test. et attestat.*

Contra el que le espelió) Y tambiem contra el que ocupó la cosa que halló sin ocupacion, *l. ult. C. tit. cit.* * Puede reclamar la cosa en el término de un año útil desde que se verificó el despojo. Despues del año, solamente se puede reclamar lo que llegó á su poder, *l.* 1. *pr. D. e. t.*

1304. *Contra cualquier poseedor*) Con tal que sepa el despojo, *cap.* 18. *X. de restit. spoliat.* Pero no compete este remedio contra un tercer poseedor de buena fe. *

1305. *Al fin*) Como aqui es dudosa la posesion, ambas partes pueden provocar á juicio, pero se tiene por actor el que antes usó de este derecho, y si ambos lo usaron á un mismo tiempo, el que decidiere la suerte. * Tambien es interdicto doble el de *superficiebus* de que se trata en la *ley* 1. *pr. y* §. 2. *D. de superfic.*

1308. *Pleno conocimiento*) En el juicio sumario basta la semiplena prueba de posesion, no asi en el ordinario. Mascard, *de probat. conclus.* 1204. En el dia se dice proceso lo que entre los romanos era conocimiento de causa, y se verificaba estraordinariamente sin fórmula alguna. Schilter. *exercitat. ad Pand.* 13. §. 6.

«Por nuestro derecho, las leyes que tratan de esta materia concor-
»dantes en lo principal con el romano, son la 1. *y* 3. *tit.* 32. *part.* 3.
»*las* 9. *y* 10. *tit* 16. *part.* 7. *y las* 2. *y* 3. *tit.* 34. *lib.* 11. *Nov. Recop.*»

TITULO XVI.

De la pena de los litigantes temerarios.

1309. Las penas de los litigantes temerarios, son los medios de refrenar la temeridad de los litigantes que suelen defender pleitos injustos. Hub. *Præl. á la Inst. e. t.* Esta temeridad se refrena con el juramento de calumnia, con la pena pecuniaria, y con la infamia, *pr. Inst. e. t.*

1310. El juramento de calumnia por el cual las partes y los abogados juran que tienen por justa la causa, es ó general ó especial. El reo, el actor y el abogado prestan el general: el reo jura que tiene su causa por justa, que no negará temerariamente, y que no diferirá el pleito; el actor que establece su accion no con ánimo de calumniar y vejar, sino porque cree que su causa es justa, y que no usará de pruebas falsas; finalmente, el abogado, que considera ser justa la causa de su cliente, y que no le patrocinará si se persuade de lo contrario, *l.* 2. *C. de jurejur. propter. calumn. l.* 14. §. 1. *C. de judic. Nov.* 49. *cap.* 3.

1311. Todos los litigantes deben prestar este juramento, escépto los padres y patronos, y otros á quienes se debe reverencia, *l.* 16. D. *de jurejur. y l.* 34. §. 4. *D. lug. cit.* Se debe prestar en todas las causas, menos en las criminales en que hay sospechas muy fundadas de que el reo cometa perjurio. Tambien se debe prestar absolutamente, á no que el actor ó el reo cediesen de su causa, *Auth. Principales*, *C. de jurej. propt. calumn.*

1312. El especial, que tambien se llama de malicia, segun el *cap.* 2. §. *ult. de jurejur. cal. in* 6., se presta ó por el contrario, ó por el juez, siempre que en cualquier período del juicio se sospecha que hay calumnia; y mucho mas cuando alguno defiere al juramento de otro, *l.* 24. §. 4. *l.* 37. D. *de jurejur.*, exige la manifestacion de los documentos, desea que se le muestre la cosa, denuncia alguna nueva obra, *l.* 5. §. 14. *D. de oper. nov. nunc.*, ó finalmente, ofrece las posiciones de los hechos y son contestadas por otro, cuyo juramento se llama por los gramáticos, de las cosas que se han de dar y sobre que se ha de responder (*dandorum et respondendorum*), *cap.* 2. *de testam. in* 6.

1313. El otro modo de refrenar á los litigantes temerarios es la

---

1309. *La temeridad*) Luego aqui no se toma la pena en sentido propio, supuesto que el juramento de calumnia no sigue, sino que antecede á la temeridad de litigar, contra la naturaleza de las penas. ✪

1311. *Reverencia*) Si fuese el pupilo reo ó actor tiene que prestar el tutor el juramento, *l.* 2. §. 2. *C. de prej. prot. salum. deud.* ✪

pena pecunaria. Esta pena pecunaria era de tres modos: 1.° creciendo ó duplicándose el valor del pleito contra el que reconvenido negaba la deuda, pues por derecho romano, en algunas causas crece la demanda por no confesar la verdad (1177.), 2.° siendo condenado el vencido á pagar las costas al vencedor, á no ser que haya tenido probabilidad de ganar, §. 1. *Inst. e. t. l.* 79. *pr. D. l.* 13. §. 6. *C. de judic.* 3.° Antiguamente si uno demandaba á otro sin derecho de hacerlo se le condenaba en cincuenta sueldos, *l.* 1. §. 2. D. *de in jus. voc.*

1314. Finalmente, se castiga con pena de infamia á los que procediendo por sí son condenados ó por delito público, ó privado (escepto el de la ley Aquilia), ó por accion de dolo, ó por alguno de los cuatro contratos que causan infamia, segun dijimos en el §. 789. (§. 1. 2. *Inst. e. t.*)

1315. »Por nuestro derecho la pena pecuniaria que se impone á »los litigantes temerarios, está reducido á la condenacion de costas »que causó á su contrario, pidiéndolas este. En las causas criminales, »procediendo el actor de malicia por calumniar al reo, será condena»do en las costas, en los daños y perjuicios, y en la pena que corres»pondia al delito de que fue acusador, *Ll.* 5. *y.* 27. *tit.* 1. *part.* 7.»

TITULO XVII.

Del oficio del juez.

1316. Habiendo tratado de las partes de actor y reo, corresponde tratar del juez.

1317. Ya hemos dicho que en Roma eran distintos los oficios de magistrado y de juez. Al magistrado competia jurisdiccion con imperio misto; al juez el mero conocimiento de la causa, *l.* 15. D. *de re jud.* Lo que se hacia ante aquel se decia que era *in jure* (en derecho), lo que delante de este *in judicio* (en juicio); Schilt. *exerc.* 7. §. 3. Aquel conocia de derecho (*de jure*), este del hecho (*de facto.*) Si el mismo pretor conocia no solamente de derecho sino tambien de hecho, se decia que el juicio era estraordinario, *l.* 178. §. *ult.* D. *de verb. sign.*, tales son por derecho nuevo los interdictos, y el conocimiento estraordinario de otros negocios. *Tit. D. de extr. cognit.*

1318. Mas como el magistrado conoce de las causas civiles ó criminales, asi tambien se le da ó jurisdiccion ó imperio. La jurisdiccion es el conocimiento que le compete por derecho propio de su oficio,

---

1314. *De ganar*) O que el litigio versare sobre cuestion de derecho ó que no fueren conformes las sentencias, de suerte que una se diese á favor del actor y otra á favor del reo.

1317. *Estraordinario*) Cuales eran todas las causas que no admitian dilacion, v. gr., si se trataba de los honorarios de los abogados, ó maestros, de las cargas públicas, cuyo cobro interesa al estado se haga prontamente.

Cujac. *Paratitl. al tit. de jurisdic. en las Pand.* Imperio era la potestad armada, Sigon. *de jur. civ. rom. lib.* 1. *cap.* 2.

1319. Como al que se confiere jurisdiccion se le conceden todas las cosas sin las cuales no podria ejercerla, *l.* 2. *D. de jurisdict.*, quisieron los romanos que con la jurisdiccion de imperio estuviesen reunidas ciertas atribuciones que consisten en la ejecucion y coaccion civil, á la manera que la jurisdiccion en cuanto es conocimiento de causa no se separa del imperio, *l.* 6. *pr. D. de offic. procos.*

1320. De aqui es, que el imperio se divide en mero y misto; y el mero no se toma por sumo y escelente, sino en el sentido que se opone al misto, Pand. *Part.* 1. *not. al* §. 233.

1321. Imperio mero es la potestad de castigar á los criminales concedida por ley especial, *l.* 3. D. *de jurisdict.* Misto es el que tambien tiene aneja jurisdiccion, *l.* 3. D. *de jurisdict.*, porque asi como la potestad de castigar no puede ejercerse sin conocimiento, asi la fuerza y potestad de ejecutar y refrenar son inherentes á la jurisdiccion, la que no puede existir sin una coercion moderada, *l.* 1. §. *ult. l. ult.* §. 1. *D. de offic. ejus cui mand. est jurisdict.*

1322. Por tanto, aquel á quien compete la jurisdiccion, tiene ordinariamente el imperio misto; pero aquel á quien compete el imperio misto no siempre tiene el mero, *l.* 1. §. *ult.* D. *lug. cit.* Sin embargo, bien podia uno tener jurisdiccion y carecer del imperio misto. Pueden servir de ejemplo los magistrados municipales, á quienes nuestros autores niegan las cosas que son mas bien de imperio, al paso que les conceden las que son mas bien de jurisdiccion, *l.* 4. D. *de jurisdict. l.* 26. *pr. y* §. 1. *ad municipal.*

1323. La jurisdiccion es ó voluntaria, ó contenciosa. Aquella se ejerce en los que voluntariamente se someten á ella, como en la adopcion, manumision, emancipacion; esta aun entre los invitos, con conocimiento de causa, tales son todas las acciones, *l.* 2. *l.* 3. D. *de offic. procos.* Aquella podia ejercerse por cualquier magistrado, con tal que tuviese la accion de la ley; esta tan solo por el juez competente, *l.* 20. D. *de jurisdict.* Aquella se ejerce aun en los dias feriados, *l.* 8. *C. de fer. et extra tribunal*, *l.* 36. *pr.* D. *de adop.* §. 2. *Inst. de liber-*

1318. *Al fin*) A esta pertenecen toda fuerza y coaccion de que usó el juez contra los pertinaces, v. gr., el obligarles á asegurar con prenda, el ponerlos en la carcel, multarlos y confiscarles los bienes. * Los sitios donde se ejercia esta jurisdiccion era en el foro, ó en el pretorio. V. Periz. *de prœt.* Estor.

1321. *La potestad de castigar*) Ejercian esta potestad en Roma los dictadores, los prefectos de la ciudad, y los cónsules cuando peligraba la república; en las provincias sus presidentes y los procónsules. V. Goveano *de Jurisd. lib.* 2. *á la l.* 3. *D. e. t.*

1323. *Podia ejercerse*) Esceptúanse las causas de voluntaria jurisdiccion, cuyo peligro incumbe al magistrado, pues no podia tratarse sino ante el juez competente, v. gr., si se da derecho para enagenar las cosas de los menores; por lo que estos actos suelen llamarse de jurisdiccion mista. V. Eric. Mauric. *de potestate principis, lege regia et juris d.* §. 35. *

tin., y aun en causa propia, *l.* 3. *l.* 14. *D. de adopt.*; en esta sucede todo lo contrario.

1324. Divídese tambien en ordinaria y estraordinaria. Ordinaria es la que compete por derecho de magistrado, como el derecho de decretar, de nombrar juez, de ejecutar. La estraordinaria se confiere por ley especial, como la dacion de tutor, *l.* 7. §. *fin.* D. *de offic. procos.* Aquella puede delegarse, pero no esta, *l.* 1. *pr.* D. *de off. ejus cui mand. est jurisdict.*

1325. 1326. Finalmente, se divide en propia, que es la que compete por derecho propio del magistrado, *l.* 5. *l.* 6. D. *de jurisdict.*; en delegada, que es la que uno ejerce en nombre de otro magistrado, *l.* 5. *l.* 16. D. *lug. cit. l.* 1. §. 1. *l.* 3. D. *de offic. ejus cui mand. est jurisdict.*, y en prorogada, la cual se ejerce ó por espreso ó tácito consentimiento de ambas partes, ó por disposicion de la ley, *l.* 18. D. *de jurisdict. l.* 1. *l.* 2. D. *de judic.*

1327. Mas por derecho nuevo no hay diferencia entre las cosas que se hacen en derecho y en juicio, pues en Roma dejaron de nombrarse jueces pedáneos antes de Justiniano, §. *ult. Inst. de interdict.*, pero no desde los tiempos de Diocleciano, como infieren algunos de la *l.* 2. *C. de pedan. jud.* (Véase á Ger. Noodt. *de jurisdict. è imper. lib.* 1. *cap.* 15.) En este sentido se debe entender lo que dicen los jurisconsultos, esto es, que hoy son estraordinarios todos los juicios, §. *ult. Inst. de interdict.*

1328. Siendo hoy estraordinarios todos los juicios, se sigue que un mismo magistrado conoce de ellos, pronuncia sentencia, y la ejecuta.

1329. Como hay ciertas cosas acerca de las cuales solamente decide á peticion de parte, y otras en que procede de oficio, aun sin preceder solicitud alguna, los doctores dividen el oficio del juez en mercenario y noble. A este pertenece el *tit. del C. ut quæ desunt advocatis judex suppleat* (que el juez supla lo que falta á los abogados).

1330. Debe dar la sentencia arreglada á las leyes, constituciones y costumbres, *pr. Inst. e. t.*, recurriendo en falta de estas al derecho comun.

1325. *Prorogada*) Propagada quiere decir Periz. en sus *animadv. histor. p.* 229. Estor.

1329. *Mercenario*) No se crea que se llama mercenario el oficio del juez porque pueda exigir precio ó merced, pues entonces no se opondria al noble, sino á lo gratuito; por oficio mercenario se entiende el que ejerce á peticion de parte, esto es, cuando no puede decretar sin que se le pida; asi es que no puede mandar la citacion sino á ruego de parte.

Al fin) El juez puede suplir las razones emitidas que son de derecho, pero no las que son de hecho.

1330. *Arreglada*) Antiguamente procedian los jueces á la instruccion del proceso, prestando antes juramento de juzgar con arreglo á la ley en el altar llamado *puteal libonis*, (*a*) del cual hace mencion Horacio en la *epist. penult. lib.* 1. *v.* 8. Posteriormente se hizo ante las SS. Escrituras, *l.* 4. *C. de judic.*, V. Hein. Ant. Rom. *e. t.* §. 4.

(*a*) Llamábase este altar *puteal Libonis ó Scriboniano*, de Scribonio Libon que

1331. Justiniano enseña con ejemplos en el §. 1. *y sig. Inst. e. t.* lo que debe observar el juez en varias acciones ó juicios divisorios.

1332. El juez ejecuta la sentencia, pero debe usar de alguna lenidad cuando el reo es condenado á pagar alguna cantidad, y presta caucion de que la satisfará dentro de cierto tiempo, §. 2. *Inst. e. t.* La *l. ult. C. de exequut. rei jud.* concede al reo condenado el espacio de cuatro meses. Cuando la sentencia recae sobre especie, esta se debe entregar inmediatamente, *l.* 9. D. *de rei vind.*

1333. Si la especie se adjudica por juicio *familiæ erciscundæ, communi dividundo*, ó *finium regundorum*, el dominio de ella pasa inmediatamente á aquel á quien se adjudica, aunque no medie tradicion (*not.* 2. *al* §. 316.), Ulp. Fragm. *tit.* 19. §. 16. §. *ult. Inst. e. t.*, con tal que no sea agena, porque entonces solamente se transfiere la facultad de usucapir, *l.* 17. D. *de usucap.* Por las sentencias dadas en los demas juicios no adquirimos dominio ni ningun otro derecho real, pues ellas no hacen mas que declarar el dominio sin conferirlo, *l.* 8. §. 4. D. *si serv. vindic.* De aqui es que la accion de cosa juzgada no es real, sino personal.

TITULO XVIII.

De los juicios públicos.

1334. Hemos dicho que los delitos son privados ó públicos (1035.), cuyo conocimiento no perteneció en los tiempos libres de la república á los magistrados que tenian jurisdiccion, sino á aquellos á quienes la ley habia conferido el imperio mero. Si se trataba de la vida de un ciudadano romano, el conocimiento de la causa pertenecia al pueblo; pero en tiempo de los Emperadores tocaba al Prefecto de la ciudad y á los Gobernadores de las provincias. Justiniano trata de los delitos públicos al fin de las Instituciones.

1335. Los delitos públicos se diferencian de los privados en que no los persiguen los particulares á quienes interesa, sino la república. De aqui es que todos pueden acusar, escepto aquellos á quienes se prohibe especialmente, §. 1. *Inst. e. t.;* pero es menester que el acusador

---

purificó aquel lugar por haber caido un rayo, é hizo cubrir con una losa un pozo abierto que estaba en el foro, junto al sitio del tribunal pretorio. La fórmula de juramento tenida entre los romanos por la mas solemne era la de aseverar por su fe y su honor. (*Nota del Trad.*)

1332. *Entregar*) Si la poseyese el reo, pues poseyéndola otro, debe prestar caucion de que la entregará; tal es la caucion de perseguir al siervo fugado, de que se habló en el §. 857. *

1333. *Furium regundorum*) El objeto de este juicio es fijar ó descubrir los límites confusos de los campos, para adjudicarlos á sus respectivos dueños. V. el §. 4. *y sig. de la Inst. e. t.*

Inmediatamente) Luego en estos tres juicios no se necesita la accion de la cosa juzgada, sino que puede vindicarse inmediatamente por cualquier poseedor. *

1335. *Se prohibe*) Muchos hay que no pueden acusar por varias causas que se

se comprometa en el libelo á sufrir la pena del talion si fuere convencido de calumnia, *l. 7. pr. l. ult. C. de accus. et inscrip. l. ult. C. de calumn.* En estos delitos no se trata del interés privado, sino de imponer al delincuente el condigno castigo.

1336. La pena es ó capital ó no capital. Aquella priva ó de la vida natural ó del estado civil (*not. al* §. 214.); esta no quita ni la vida ni el estado civil, esto es, la libertad ó la ciudadania, *l.* 6. §. *ult.* D. *de pœn.* §. 2. *Inst. e. t.*

1337. Entre los romanos fueron penas capitales la condenacion á horca, el ser quemado vivo, la decapitacion, la condenacion á minas, y la deportacion á una isla, *l.* 28. *pr.* §. 11. *l.* 8. §. 1. *sig.* D. *de pœn.* No capitales fueron el castigo aplicado con varas ó látigos, la condenacion á obras públicas, la relegacion, la infamia, y la privacion de empleo, *l.* 6. §. *ult. l. 7. l.* 8. *pr. l.* 28. D. *de pœn.*

1338. Los delitos se dividen ó en públicos por escelencia, ó en estraordinarios. Aquellos son los que se castigan por leyes especiales; estos sobre los que no hay ninguna ley establecida. De aquellos se trata en las Instituciones, como veremos ahora; de estos en el *lib.* 47. de las Pandectas.

1339. Las leyes que existen acerca de los juicios públicos son: 1.º la ley Julia de las delitos de lesa magestad; 2.º la ley Julia de adulterios; 3.º la ley Cornelia de *sicariis*; 4.º la ley Pompeya de parricidios; 5.º la ley Cornelia de falsedades; 6.º las leyes Julia de fuerza pública y privada; 7.º la ley Julia de peculado, sobre los administradores de rentas públicas que no rinden bien las cuentas (*de residuis*); 8.º la ley Fabia de plagiarios; 9.º las leyes Julias de *ambitu*, sobre los actos dolosos para encarecer los comestibles, de cohecho y de *annona*, compra de empleos.

1340. I. La ley Julia de la magestad publicada por Julio César, Cic. *Philip. I.*, castiga á los que intentan alguna cosa contra el estado ó contra el poder del príncipe, §. 3. *Inst. e. t. l.* 1. §. 1. D. *ad leg. Jul. majest.*, y abraza no solo el crímen de perduelion, sino el de magestad, llamado asi especialmente, *l. ult.* D. *lug. cit. l. ult. C. de abolit.*

1341. Comete el crimen de perduelion el que tiene miras hostiles contra el estado ó el príncipe, *ll.* 1. 2. *y ult.* D. *ad leg. Jul. majest.*, §. 3. *Inst. e. t.* Es reo del crimen de magestad en especial el que inva-

---

mencionan en la *ley* 8. *y sig. D. de acusat.*; esceptúanse algunos crímenes acerca de los cuales todos pueden acusar, como el de lesa Magestad, *l.* 7. *pr.* §. 1. 2. *l.* 8. *D. de ad l. Jul. l.* 20. *C. de his qui acc. non poss.* defraudacion de víveres, *l.* 13. *D. de acusat.*, *l.* 53. *D. de jndic.*, *l. ult.* §. 2. *D. ad l. jul. de ann.*, sacrilegio, *l.* 10. *C. de episc. et cleric.*, y la persecucion de injuria propia ó de los suyos, *l* 11. *pr. D. de accusat. l.* 16. *de C. de his qui. acc. non poss.*

Del talion) Esta pena ha cesado en el dia, si bien se castiga severamente á los calumniadores.

1339. Las leyes Julias debieron su origen al emperador Augusto, las Cornelias á L. Cornelio Sulla, dictador perpétuo, la Ponpeya á Cn. Pompeyo émulo de César.

de los derechos de la magestad, ó comete con ánimo hostil alguna cosa de hecho ó de palabras en ofensa del príncipe, *ll.* 6. 7. *y ult.* D. *l. g. cit.*

1342. Por la enormidad del crimen se ha establecido: 1.º que puedan acusar aun los que tienen prohibicion de hacerlo en otros juicios, *l.* 7. *pr.* §. 1. 2. *l.* 8. D. *lug. cit.*; 2.º que no se admitan abogados, *l.* 5. §. 2. *C. lug. cit.*; 3.º que no se interponga apelacion, *l.* 6. §. 9. D. *de injust. rup. irrit. fact. de tam.*; 4.º que se de fe aun á los testigos inhábiles, *l.* 7. §. 1. *C. ad leg. Jul. maj.*; 5.º que se pueda cometer aun contra los ministros del príncipe cuando se les ofende con el carácter de tales, *l.* 5. *pr. C. e. t.*; 6.º que se castigue el nudo consejo, el simple conocimiento ó el silencio del que lo sabe (*), *l.* 5. §. 6. 7. *C. lug. cit.*

(*) Asi piensa Bartolo fundándose en esta ley; pero Baldo dice que su alma debe ser atormentada en los infiernos por esta sentencia. En la práctica yo pensaria como Baldo, no obstante que la *l.* 5. *C. de majest.* favorece á Bartolo.

1343. La pena del crimen de perduelion es: 1.º último suplicio, *l.* 5. *pr.* §. 6. *C. lug. cit.*; 2.º infamia despues de la muerte, §. 3. *Inst. e. t.*; 3.º confiscacion de bienes, *l. ult. D. l.* 5. 6. 7. 8. *pr. C. lug. cit.*; 4.º privacion á los hijos de la sucesion de la madre y de la abuela, de la herencia que les dejan los estraños, y esclusion de todos los empleos. A las hijas solamente se les concede la legítima de la herencia materna, *l.* 5. §. 1. 3. 6. D. *lug. cit.*

1344. El crimen de magestad, considerado en especial, se castiga segun su gravedad ó con pena capital, ó con deportacion, ó con relegacion, cuya pena no se estiende á los hijos, §. 3. *Inst. e. t. l.* 24. *D. de pæn. arg. l. ult. D. l.* 5. §. 1. *C. e. t.*

1341. *Con ánimo hostil)* Lo mismo indica el vocablo perduelion. La guerra entre los antiguos era lo mismo que duelo, y de aqui, que con la palabra *perduellis*, se indicase lo mismo que con la palabra *hostis*: sin embargo *hostis* denotaba el peregrino, como se ve en las palabras de la ley de las Doce tablas: *adversus hostes æterna auctoritas esto.* *

1342. *Abogados)* Ant. Math. dice que no se niegan abogados al reo de perduelion. *De crim. tit. ad.* 1. *Jul. Majest. cap.* 3.

Apelacion) No se admite apelacion cuando ha estallado una sedicion ó por otra justa causa que no admite demora, como dice Ulpiano en la *ley* 6. §. 9. En los demas casos se admite apelacion como se colige fácilmente de la misma *l.* 6. *y de la l.* 16. *D. de adpell. et relat. l.* 20. *C. Th.*, *de apell. et pæn. l.* 16. *C. de pæn.*

Al fin) Añádase que por derecho romano el acusador era condenado al tormento si no probaba la acusacion; 8.º que no libraba de la pena dignidad alguna; 9.º que podia ser acusado el reo aun despues de su muerte. *Ll.* 3. 4. *y* 6. *C. ad l. Jul. majest.* Forner. *rer. quotid. lib.* 2. *cap.* 17.

1343. *Infamia)* Y quedarán abolidos los títulos y dignidades del reo, y no se da sepultura á su cadáver, *l.* 11. §. 3. *D. de his qui not. inf.*, *l.* 1. *D. de ead. pæn.*

A los hijos) Esceptúanse los hijos naturales y los nietos nacidos de los hijos. A las hijas se les deja la herencia legitima materna y de sus abuelos, mas no la de su padre, porque no tiene que temer de ellas el Estado como de los hijos, quienes pueden intentar alguna vez vengar á su padre con la ruina de su patria. *

1345. »Por derecho español y segun las leyes 2. *tit.* 2. *Part.* 7. *y* »6. *tit.* 12. *Part.* 2., se manda imponer al delincuente de perduelion »pena de muerte, la mas cruel é ignominiosa que se encuentre, confis- »cacion de bienes, que sea derribada su casa y asoladas sus heredades, »infamia eterna para sus hijos sin que puedan heredar nada de su padre »ni de otro estraño, ni adquirir oficio honroso ni de dignidad. Pero es- »ta horrible ley está derogada en mucha parte, y ya en el dia está abo- »lida la confiscacion, y ninguna pena puede ser trascendental á la fa- »milia del que la sufre.»

1346. II. La ley Julia de adulterios, no solamente castiga los adulterios, sino tambien el crimen nefando, el incesto, el estupro y el crimen de lenocinio. En Roma las leyes civiles no impusieron pena alguna á las prostitutas, pues se consideró como suficiente la que sufren con el ejercicio de una profesion tan detestable, *l.* 12. *l.* 29. §. 1. *C. ad leg. Jul. de adult. l.* 13. §. 2. *D. lug. cit.*

1347. Adulterio es la corrupcion de una muger casada ó desposada, *l.* 6. §. 1. *l.* 13. §. 2. *l.* 34. §. 1. D. *lug. cit.* De aqui es, que segun los principios del derecho romano, no solamente el marido, sino tambien el célibe que tiene cópula con la muger ó esposa de otro comete adulterio; mas no el marido que cohabita con la soltera, pues en este caso solamente es reo de estupro, *l.* 6. §. 1. *D. ad leg. Jul. de adult.* Segun el derecho canónico toda violacion de la fe conyugal se considera como adulterio. *Can.* 15. *caus.* 32. *quæst.* 5.

1348. Esta ley castiga este delito con pena pública, y en ciertos casos se persigue privadamente. La pena pública impuesta por la ley Julia no fue de muerte (como dice Justiniano en el §. 4. *Inst. e. t. l.* 19. *C. de transact. l.* 9. *C. ad leg. Jul. de adult.*), sino de relegacion á una isla, y confiscacion de la mitad de los bienes asi del adúltero como de la adúltera, y de la mitad de la dote de esta, Paul. *Sent. rec. lib.* 2. *tit.* 26. §. 14. Constantino mandó despues que el adulterio se castigase con pena capital, *l.* 30. §. 1. *C. ad. leg. Jul. de adult.*, y Justiniano dispuso que se azotase á la adúltera y se la encerrase en un monasterio; y que si el marido no la recibia dentro de dos años, se la cortase el cabello y recibiese el hábito, *Nov.* 134. *cap.* 10.

1349. El marido y el padre de la adúltera pueden perseguir privadamente este delito. Aquel no puede matar á la muger, pero sí al adúltero cuando le sorprende en su misma casa ó en otro cualquier

---

1348. ***Despues)*** **Antes de la ley Julia se castigaba el adulterio mas gravemente como demuestra Jac. Gothof. en la *ley* 4. *C. Th. sit. quorum udpell. non recip.***

Constantino) **Cujacio atribuye á Constancio esta constitucion. *Obs. lib.* 8. *cap.* 11. y Merill. *al* §. 4. *Inst. e. t.***

Nov.* 134)** **Esta novela la esplicó perfectamente Pet. Faber. *Semestr. lib.* 3. *cap.* 21. *y sig.

1349. ***A la muger)*** **Esto es, impunemente, pues se le castigará, aunque no se le impondrá la pena ordinaria.**

*

parage, si ya antes le habia reconvenido tres veces delante de tres testigos. Este puede matar á la hija de familia y al adúltero cuando los sorprende cometiendo el adulterio en su casa ó en la de su yerno, *l.* 20. *y sig. D. ad leg. Jul. de adult. Nov.* 117. *cap.* 15.

1350. »La pena establecida por derecho español contra los adúlte»ros, es la de reclusion y pérdida de dote, arras y bienes gananciales »en la muger; y la de destierro, multa ó presidio en el hombre; ad»virtiéndose que el marido que hallare á los adúlteros *in fraganti*, »puede quitar la vida impunemente á entrambos, pero no al uno »solo.»

1351. La pena del crimen nefando es tambien capital, *l.* 13. *C. ad leg. Jul. de adult.* §. 4. *Inst. e. t.*

1352. El incesto es el coito ilícito entre las personas que no pueden casarse ó por consanguinidad ó por afinidad, *l.* 6. *l. ult. C. de incest. nupt.* Si se comete entre ascendientes y descendientes se castiga con deportacion; en los demas grados, con pena arbitraria, *l.* 5. *D. de quæstion. Nov.* 12. *cap.* 1. *l. ult. D. de rit. nupt.*

1353. Estupro es la cópula que se tiene con la vírgen ó viuda honesta sin inferirle violencia, *l.* 6. §. 1. *l.* 34. *pr.* §. 1. *D. ad leg. Jul. de adult.* Si lo cometen personas de alguna categoria, se les confisca la mitad de los bienes; y si de la clase ínfima, se les impone un castigo corporal y relegacion, §. 4. *Inst. e. t.* El estupro cometido á la fuerza se castiga con pena capital, *l.* 1. §. 2. D. *de extraord. crimin.*

1354. »Por derecho español el estuprador tiene la pena de casarse »con la estuprada ó dotarla y reconocer la prole. En su defecto se le »destina á presidio ó á las armas.»

1355. Crimen de lenocinio se comete cuando uno prostituye las mugeres para hacer ganancia, *l.* 29. *pr. D. lug. cit.*: si prostituye á su hija ó á su muger, la pena es capital; y si á otras personas, es arbitraria, *Nov.* 14. *l.* 29. §. 3. *D. lug. cit.*

1356. III. La ley Cornelia de sicarios castiga los homicidios y envenenamientos. Es homicida el que mata á un hombre dolosamente, *l.* 1. §. 3. *l.* 14. *D. ad leg. Corn. de sicar.*, cuyo dolo se presume si usa de armas, *l.* 1. §. 3. *D. lug. cit.* El homicidio doloso se castiga con

---

A la hija) Antiguamente se le permitia al marido lo mismo con respecto á su muger.

Al fin) El marido puede matar al adúltero que fuere de condicion vil; el padre puede matarlo, cualquiera que fuese su condiccion. *L.* 24. *pr. D. ad. l. Jul. de adult.* ✽

1351. Los amores ilícitos se castigaban por la ley Scantina de *nefanda venere*, con una multa considerable. Quint. *Inst. lib.* 4. *cap.* 2. Suet. *Domit. cap.* 8.

1353. *Honesta)* Pues en la meretriz no se comete estupro. ✽

A la fuerza) Esta violencia pertenece propiamente á la ley Julia, en donde se dice que no se presume estupro y violencia, si la persona paciente ó su familia no lo denuncian inmediatamente en juicio. Exceptúase el caso en que fuere una niña. ✽

1356. *Si usa de armas)* Como sean tales, que de ellas pueda seguirse muerte. ✽

pena capital, §. 5. *Inst. e. t. Gen. cap.* 9. *v.* 5. 6.; el cometido por culpa se castiga estraordinariamente, *l.* 4. §. 1. *l.* 7. D. *lug. cit.*, y el cometido por caso ó en defensa propia está exento de pena.

1357. 1358. El crimen por el cual uno hace, vende ó da veneno para matar un hombre, *l.* 1. §. 1. *l.* 3. *pr.* §. 1. 2. D. *lug. cit.*, ó si alguno mata ó intenta matar por medio de artes mágicas (*veneficium*), *l.* 13. D. *lug. cit.* §. 5. *Inst. lug. cit.*, se castiga con pena capital, §. 5. *Inst. e. t. ll.* 1. 4. 5. *C. de malef. et mathem.*; pero es menester que los jueces no sean crédulos en un delito imaginario.

1359. IV. La ley Pompeya de parricidios castiga el homicidio cometido entre próximos cognados, esto es, si alguno matare á su padre, madre, abuelo, hermano, hermana, sobrino ó sobrina, tio paterno ó materno, tia paterna, primo, prima, muger, marido, yerno, suegro, padrastro, antenado, antenada, patrono ó patrona, *l.* 1. *pr.* D. *ad. leg. Jul. Inst. de parric.*

1360. 1361. El parricida es azotado cruelmente, se le mete y cose en un saco junto con un perro, un gallo, una víbora y un mono, y se le arroja al mar ó rio vecino para que muera en medio de las angustias mas horribles, §. 6. *Inst. e. t. l.* 9. *pr.* D. *lug. cit. l. un. C. de his qui par. vel liber. occ.* Si el mar ó el rio estan lejos, entonces se le quema vivo, ó se le arroja á las bestias, *l.* 9. *pr.* D. *lug. cit.*

1362. V. La ley Cornelia de falsedades castiga el crimen que consiste en desfigurar ó suprimir dolosamente la verdad en fraude de un tercero, §. 7. *Inst. e. t. l.* 16. §. 2. *l.* 23. D. *l.* 20. *C. ad leg. Cornel. de fals.* Son reos de este delito los que cometen falsedad en testamento ó en otros documentos, en tomar nombre ageno, en dar una declaracion, en suponer un parto, en los pesos y medidas, y finalmente en adulterar la moneda.

1363. El siervo que comete este delito es condenado á último suplicio; y si es hombre libre, se le castiga con deportacion y confisca-

---

Asesinos) Asesinato se dice el homicidio cometido por dinero, al cual se asimila todo homicidio vil ó consentido, sirviéndose de falsedades.

1359. *Parricidio)* Antiguamente se llamaba parricida á todo el que mataba á cualquier hombre. Festo en la voz parricida.

Al fin) No se hace mencion en esta ley de los hijos, porque en tiempo de la libre república aun tenian los padres derecho de vida y muerte en ellos. Posteriormente se estendió á ectos la ley Pompeya. *L.* 5. *D. al leg. Pomp. de parricid.* En el dia apenas se edmite el parricidio mas allá de la linea de afinidad y de consanguinidad. ✿

1360. *L. un. C. de his)* La pena del saco fue revocada por Constantino, restringiéndola á los que mataban á alguno de su linea recta. V. Jul. Nerio. Anal. *lib.* 1. *cap.* 59.

1362. *Cometen)* Estos son los verdaderos crímenes de falsedad, á los que puede añadirse los que se espresan en el Scto. Liboniano, si alguno se imputase á su favor ó del que está en su potestad algun legado. Los demas casos pueden tenerse mas bien por estelionato. *L.* 3. §. 1. *D. de stelionat.* ✿

Se turba la seguridad públiba) Quienes sean los que cometen este crímen se encuentra en la *ley* 3. *y sig. D. al C. Jul. de vi publ.*

cion de bienes, *l.* 1. §. *ult. l.* 27. §. *ult. l.* 32. *D. ad leg. Cornel. de fals.* Los que falsifican moneda son quemados vivos segun la constitucion de Constantino M., *l.* 1. *C. de fals. mon.* El parto fingido, *l.* 1. *C. de fals.*, el falso testimonio por el cual ha sido uno condenado á muerte, *l.* 1. §. 1. D. *ad leg. Cornel. de sicar.*, y la inmunidad falsamente concedida por el escribano de la ciudad, se castigan con pena capital, *l.* 1. *C. de immun. nem. conced.* Las demas falsedades se castigan con penas arbitrarias.

1364. VI. La ley Julia castiga tambien la fuerza pública y privada. La pública es una fuerza armada por la cual se turba la seguridad pública, *l.* 13. *pr. y* §. *ult.* D. *ad leg. Jul. de vi publ.* Se numera entre este delito el rapto de las doncellas y de las viudas, y tambien la fuerza cometida por una persona pública ó contra una persona pública, *l.* 7. *l.* 10. *pr.* D. *de leg. Jul. de vi publ.* Fuerza privada es la que se comete sin armas, §. 8. *Inst. e. t.*

1365. La fuerza pública se castiga con deportacion, §. 8. *Inst. e. t.* Si alguno quebranta con armas la casa agena, ó comete rapto, la pena es capital, *l.* 5. §. 2. *l.* 11. *D. ad leg. Jul. de vi publ. l. un. C. de rap. virg.* La privada se castiga con la confiscacion de la tercera parte de los bienes y con infamia, *l.* 1. *pr. l. ult.* D. *l.* 2. *C. de vi priv.* §. 8. *Inst. e. t.*

1366. VII. La ley Julia de peculado y de sacrilegios castiga á los que hurtan el dinero público ó cosas sagradas que ellos no administran, §. 9. *Inst. e. t. l.* 4. *pr. l.* 9. §. 2. *D. ad leg. Jul. de pecul.*

1367. La pena del peculado es la deportacion, *l.* 3. *D. lug. cit.* §. 9. *Inst. e. t.*, y algunas veces el cuádruplo, *l.* 6. §. *ult. l. penult.* D. *lug. cit.* El sacrilegio estraordinario se castiga en ciertos casos con pena de muerte, *l.* 4. §. 1. *l.* 9. *pr. D. lug. cit.*

1368. VIII. La ley Fabia de plagiarios castigaba con pena pecuniaria á los que ocultan dolosamente ó hurtan hombres libres ó siervos agenos, *l. ult.* D. *ad leg. Fab de plag.* La pena empezó despues á ser arbitraria, y algunas veces capital, *l.* 1. *l. ult.* §. 10. D. *l.* 6. 7. *y ult. C. lug. cit.*

1369. IX. Existieron tambien las leyes Julias sobre cohechos (*repetundarum*), sobre la compra de empleos (*de ambitu*), sobre hacer do-

---

1365. *Comete rapto)* Segun la constitucion de Justiniano nada importa que consienta ó no la muger en él. *L. un. C. de rap. virg.*

1366. *Cosas sagradas)* Por derecho civil se dice que comete sacrilegio el que hurta cosas sagradas en lugar sagrado. *L.* 5. *D. ad leg. Jul. pecul.* Por derecho canónico, se comete tambien quitando una cosa profana de un lugar sagrado, ó una cosa sagrada de lugar profano, *quisquis.* 17. 9. 4. §. 2. Acerca de las penas del sacrilegio diserta Platon en el *lib.* 9. *de leg.*

No administran) Si alguno administra el dinero público y substrae algo de él, se dice que comete crimen de *residuis.*

1367. *El cuádruplo)* Los jueces que substraen el dinero público durante su administracion son castigados con pena capital, §. 9. *de la Inst. e. t.*

1369. *Ambitu)* En el dia no se castiga este delito, ni se tiene por tal en mu-

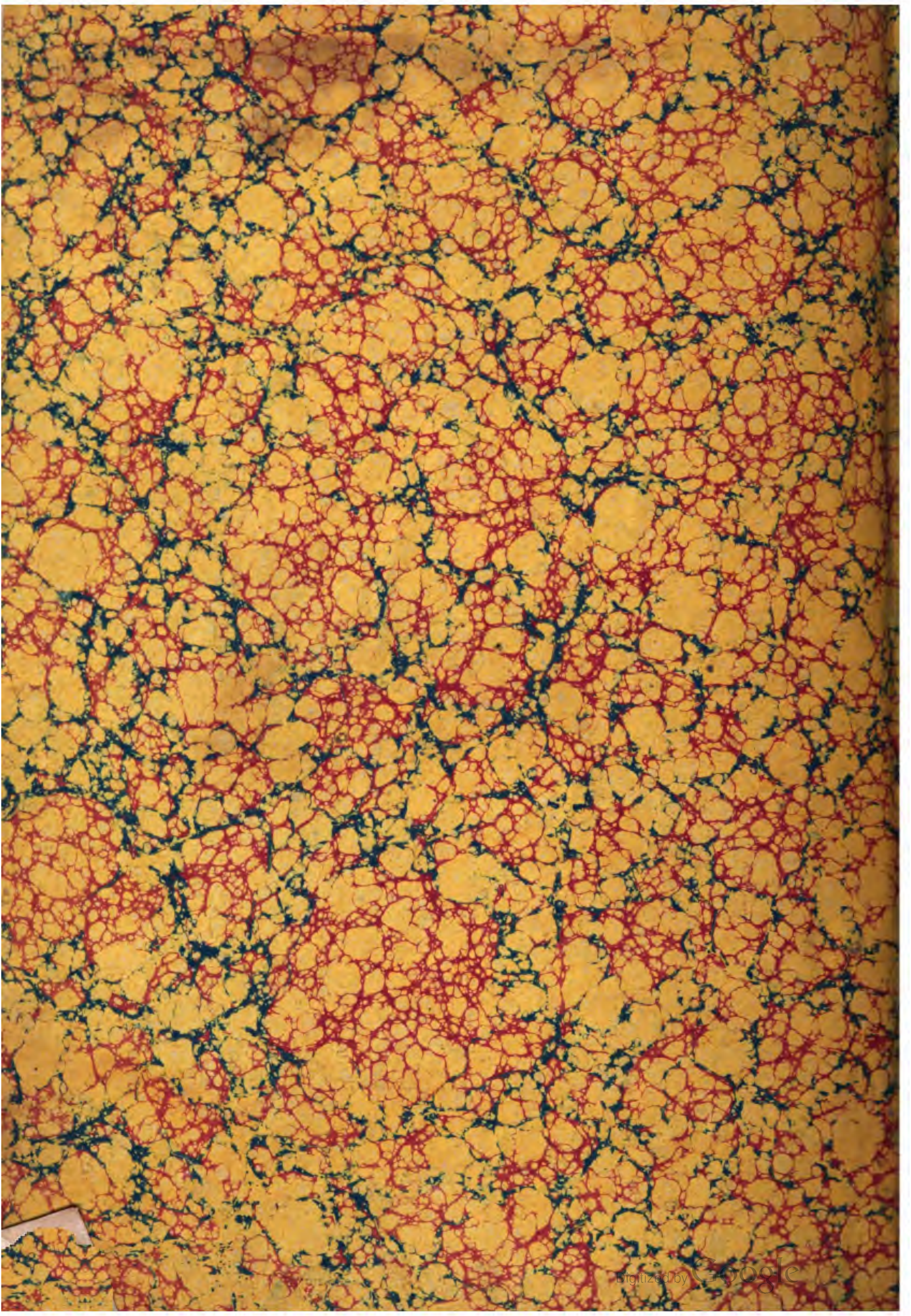
losamente alguna cosa para encarecer los comestibles (*de annona*), y sobre los administradores de rentas públicas que no rinden bien las cuentas (*de residuis*). Estos delitos no infieren pena capital.

»Muchas y muy esenciales son las diferencias que se encuentran en»tre nuestra legislacion penal y la romana; pero por ser tan nume»rosas y por hallarse las de nuestros códigos en su mayor parte de»susadas y sustituidas por otras que ha autorizado la práctica de »muy largo tiempo, no se mencionan á continuacion.

---

chos lugares en que se venden ciertos oficios por pública autoridad, pues el que usa de su derecho á nadie injuria.

FIN.




BIBLIOTECA DE CATALUNYA
1001908437

